



Biblioteca di scienze giuridiche e politiche

SUL FONDAMENTO

DELLA

PROTEZIONE DEL POSSESSO

UNA

REVISIONE DELLA TEORIA DEL POSSESSO

DEL

Dr. RODOLFO IHERING
Consigliere Aulico e Professore di Diritto romano nella Università di Vienna

VERSIONE AUTORIZZATA DALL'AUTORE SULLA 2.ª EDIZIONE TEDESCA

DEL

D.r F. FORLANI
Prof. di Diritto civile austriaco nella Università di Vienna

e dal medesimo

CORREDATA DI NOTE, ADDIZIONI E CONFRONTI COL DIRITTO
austriaco, italiano, prussiano e francese

MILANO
Dottor FRANCESCO VALLARDI; Tipografo-Editore
Via del Fieno, 3.

NAPOLI — S. Anna dei Lombardi, 37. | ROMA — Via Torre Argentina, 34. | PALERMO — Corso Vitt. Emanuele 392.

1872.

SUL FONDAMENTO

DELLA

PROTEZIONE DEL POSSESSO.

SUL FONDAMENTO

DELLA

PROTEZIONE DEL POSSESSO

UNA

REVISIONE DELLA TEORIA DEL POSSESSO

DEL

D.R RODOLFO IHERING

Consigliere Aulico e Professore di Diritto romano nella Università di Vienna

VERSIONE AUTORIZZATA DALL'AUTORE SULLA 2.ª EDIZIONE TEDESCA

DEL

D.r F. FORLANI

Prof. di Diritto civile austriaco nella Università d'Innsbruck

CORREDATA DI NOTE, ADDIZIONI E CONFRONTI COL DIRITTO

austriaco, italiano, prussiano e francese



MILANO

Dottor FRANCESCO VALLARDI, Tipografo-Editore

Via del Fieno, 8

NAPOLI S. Anna dei Lombardi, 37. | **ROMA** Via Torre Argentina, 34. | **PALERMO** Corso Vitt. Emanuele, 392.

1872.

A

SUA ECCELLENZA

DR CARLO DE STREMAYR

MINISTRO

DEL CULTO E DELLA PUBBLICA ISTRUZIONE

IN SEGNO

DI

SIMPATIA E RICONOSCENZA.

PREFAZIONE [1].

Il lavoro, che presento in oggi all'Italia, tradotto nella sua splendida lingua, non ha bisogno di essere raccomandato al pubblico.

Il nome dell'autore basterebbe ad attirare sul libro l'attenzione e le simpatie del ceto giuridico, se si volesse o potesse anche prescindere dall'altezza e importanza del tema, svolto così maestrevolmente da Ihering.

L'autore dello « *Spirito del diritto romano,* » che è una delle più geniali produzioni giuridiche del millesimo, nella monografia da me voltata in italiano, applica la sua profonda e arguta disamina a una delle più scabrose e controverse questioni nella sfera del privato diritto.

Il possesso, questo argine rotto alle dispute e alle disquisizioni dei giuristi, il possesso, colle sue molteplici contraddizioni e colle sue numerose oscurità, coi suoi lineamenti angolosi e coi suoi tratti irregolari, — ecco la tela, su cui è tessuto il lavoro dell'illustre romanista.

È nota l'abbondante ricchezza delle pubblicazioni, date alla luce su questa materia, irta di ostacoli, che arrestano e inceppano, a ogni piè sospinto, i movimenti del giureconsulto, e soggiungasi pure, del pratico. In onta all'abbondanza e alla ricchezza della letteratura possessoria, che fu a ragione equiparata a *un gonfio torrente,* e forse a causa di tale ricchezza e abbondanza, il giurista si propone non di rado il quesito: Cosa è il possesso, e più particolarmente: perchè lo si protegge?

(1) Previo concerto coll'egregio autore, ometto la prefazione del testo originale, e vi sostituisco la presente.

Anche Savigny, col suo potente ingegno, e colla sua estesa conoscenza delle sorgenti romane, si è accinto alla soluzione di così arduo quesito. Se non che, la sua soluzione è anch'essa difettosa e zoppicante, e persino, in varie direzioni, intorbida viemaggiormente la materia, e ne rende più salienti la scabrosità e le contraddizioni.

Deve per avventura questo risultato scoraggiare da ulteriori indagini? No certamente.

Non a torto osserva il prof. Alibrandi, nel suo recente trattato sul possesso (1), che mi è caduto fra le mani in corso di pubblicazione:

« Nello scuoprimento della verità accade ciò che suole avvenire nello scuoprire lontani paesi. I primi viaggiatori si arrestano e muoiono a mezza strada: gli ultimi giungono felicemente alla meta. »

Vi è giunto il citato autore? Lo vedremo in appresso.

Mi preme intanto, colla scorta della sua citazione, constatare, che le difficoltà del cammino non devono rimuovere il giurista dal cercare e trovare una soluzione adequata al proposto quesito.

Ihering ha assunto questo malagevole cómpito, e lo ha fornito, a nostro modo di vedere, con esito eminente, per ciò che concerne il fondamento della protezione possessoria.

Prendendo a suo punto di partenza un pensiero luminoso, atto a rischiarare il labirinto della teoria possessoria, vale a dire il parallelismo, che intercede fra il possesso e la proprietà, egli mette capo a splendidi e fertili risultati, che annientano le dottrine sin qui in voga, in precipuità quella di Savigny, contro la quale sono rivolti in prima linea gli strali della polemica aguzza e brillante del nostro autore. Egli rende così palpabili e patenti le contraddizioni e le assurdità, di cui è disseminata la teoria savigniana, che davvero stentiamo a concepire come essa abbia potuto esercitare una sì marcata influenza sulla teoria e sulla prassi, e mantenersi rigogliosa di vita per tanti decenni.

Ci voleva naturalmente l'ingegno robusto d'Ihering, e la sua distesa cognizione delle fonti, per sobbarcarsi a una simile dimostrazione.

Ihering c'imbandisce la sua teoria possessoria come teoria romana.

(1) Teoria del possesso secondo il diritto romano. Roma, 1871.

Quà e là il confronto dei testi sembra snervare il suo assunto. Egli stesso non si dissimula questa difficoltà. Lungi però dallo sbigottirsene, egli l'affronta coraggioso, e non tarda a sciogliersi da ogni preoccupazione, perchè gli riesce di conciliare abilmente il testo colla sua teoria.

« Nihil comune habet proprietas cum possessione, » scrive Ulpiano nel fr. 12, § 1 de poss. (41. 2); « permisceri causas possessionis et ususfructus non oportet, quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent, » osserva Venulejo nel fr. 52 pr. ibid; e il primo dei citati giuristi nel fr. 1, § 2 uti poss. (43. 17) ritorna alla carica, e accentua ancora una volta la massima · « quod separata esse debèt possessio a proprietate. »

A Ihering non riesce però difficile il dimostrare come queste espressioni attengano soltanto *alla pratica o dogmatica* indipendenza del possesso di fronte alla proprietà, alla irrilevanza, anche da esso sostenuta, della eccezione proprietaria nel processo possessorio, ma non affettino punto il rapporto legislativo, o filosofico-giuridico dei due istituti. Epperò egli conchiude, che, in onta a quelle sortite dei giuristi romani la protezione possessoria è un postulato della protezione proprietaria, un indispensabile completamento del sistema proprietario romano.

Per tal modo in tutto il corso della dissertazione il possesso viene seguace alla proprietà, e i confini della possibilità possessoria, tanto con riguardo al soggetto, che all'oggetto, sono quegli stessi, che delimitano la possibilità proprietaria.

« *Dove è possibile la proprietà è anche possibile il possesso*; » e viceversa.

Così Ihering formula la sua proposizione, e non resta in debito delle prove.

In quella vece egli ci è rimasto debitore della dimostrazione, che il possesso sia un diritto, in riserva di esibirla in una delle dissertazioni, annunciate nella Introduzione, e che sono destinate a completare la presente, con riferimento ad altri punti controversi della teoria possessoria.

È manifesta la importanza di tale dimostrazione, ove si rifletta ai discordi pronunciati dei giuristi romani.

Per la sua opinione sembrano militare i seguenti passaggi, che adduciamo in via di esempio:

« Quia possessio, dice Papiniano nel fr. 49, § 1 de poss. (41, 2), non tantum corporis, sed *et juris* est ». Lo stesso giureconsulto nel fr. 49 cit. pr. si esprime: « quum et naturaliter (servus) a fructuario teneatur, et plurimum *ex jure possessio* mutuatur (1). Nella L. 10, C. de poss. (7, 32) di Costantino sta scritto: « Possessionis duplicem esse rationem, aliam quae *jure* consistit, aliam quae corpore ».

Per inverso potrebbonsi citare vari testi in appoggio dell'assunto contrario, essere cioè il possesso un mero fatto, come opinano Savigny e i suoi corrifei (2).

Proseguendo colla nostra monografia, Ihering nella illustrazione e interpretazione dei testi, adopera, è vero, una certa larghezza ed elasticità di vedute, che ricordano la operosità dei giureconsulti romani dell'epoca classica, intenti a dilatare e ampliare « *gli spazi angolosi e rigidi, ristretti e bassi* (3) » dell'antico edificio giuridico, e ad accomodare le anguste regole del vecchio diritto ai nuovi bisogni, alle esigenze pratiche della vita.

Posta attenzione a questa tendenza, taluno potrebbe muovere a Ihering l'appunto di forzare i testi, spinto anch'esso dal pensiero, che agitava gl' interpreti romani, presentando come romana una teoria, che non è tale. Se non che a torto. Questo appunto non potrebbe essere suggerito che da miopia giuridica, e, dicasi pure, storica.

I Romani, come ho avvertito in altra occasione (4), ci hanno legato un meraviglioso corpo di leggi, che è divenuto un potente fattore della civiltà europea. Non va però dimenticato che varie parti di quel grandioso, anzi colossale monumento legislativo, sono rimaste incomplete, e molte configurazioni giuridiche vi si trovano appena abbozzate o delineate per sommi contorni.

Or bene, gli è cómpito della scienza moderna di sviluppare e

(1) Confr. anche il fr. 44 pr. ibid. dello stesso giurista, il quale adopera quivi la espressione « *jus possessionis,* » che s' incontra ripetutamente. Vedi inoltre Paolo nel fr. 2 uti poss (43, 17).

(2) Di recente Alibrandi. Op. cit. pag. 27, § 29. Lo stesso Papiniano nel fr. 19, ex quibus causis maiores (4, 6) osserva: possessio autem *plurimum facti* habet.

(3) Vedi Spirito del diritto romano, II vol., Introd. pag. 4. Lipsia, 1866, II ediz.

(4) Nei miei « Profili della legislazione attica. » Innsbruck, 1871.

di far conoscere queste configurazioni giuridiche, « *sitibonde di luce e di vita,* » per ripetere la frase geniale di Unger, il quale, adottando il detto alato d'Ihering (1): « *attraverso il diritto romano oltre lo stesso,* » segue anch'esso la stessa corrente, destinata a fecondare l'odierno diritto, e a emanciparlo da un soverchio servilismo, atto soltanto a paralizzare la libertà del movimento giuridico.

« *Attraverso il diritto romano oltre lo stesso.* »

Già nella prefazione, che fa scorta ad alcune dissertazioni romanistiche, pubblicate ancora a Berlino nell'anno 1844, Ihering, allora docente privato a Berlino, faceva presentire la tendenza, che il doveva guidare nei suoi studi ulteriori, e che viene a galla, in forma perspicua, nel suo Spirito del diritto romano, e nella sua monografia: « *Sul fondamento della protezione possessoria.* »

E qui non posso astenermi dal riportare un brano di quella prefazione:

« La tendenza, cui s'inspirano le dissertazioni accolte in questo libro, non ci limita ad esporre soltanto la teoria del diritto romano, come è stata svolta dai giuristi romani, ma ci sospinge a valicarne i confini, e a trarre delle conseguenze, che non sono state punto tratte dai medesimi, o che appariscono in essi, piuttosto quale immediato prodotto del tatto giuridico, e quindi quali postulati, anzichè quale risultato di una laboriosa e mediatrice deduzione. »

E quì, dopo di aver meglio caratterizzato lo spirito delle dissertazioni, e accennato al « *processo di ringiovanimento,* » intrapreso dagli stessi giuristi romani, a cui allude anche Unger nella citata monografia, il nostro autore soggiunge:

« Posto riflesso alla circostanza, che questo processo di ringiovanimento, iniziato appena in un'epoca inoltrata della giurisprudenza romana, è stato interrotto prima ch'essa potesse compire la sua opera, non si può revocare in forse il diritto e la missione della odierna giurisprudenza di liberare dal giogo delle parole l'istituto, irrigidito nel suo svolgimento, e di dargli quello sviluppo, che non ha conseguito appieno, è vero, presso i Romani, ma che è stato preso di mira anche da essi, e per lo meno in via di approssimazione raggiunto. »

(1) Nella sua eccellente monografia « I contratti a prò dei terzi » da me tradotta in italiano per la Gazzetta dei Tribunali di Trieste dell'anno 1870.

In piena corrispondenza con questi principj, un decennio più tardi, Ihering scriveva nella sua stupenda opera: « Spirito del diritto romano » le seguenti parole (1):

« Sebbene fosse grande la virtuosità dei giuristi classici romani, ciò non pertanto anche alla loro epoca esistevano dei precetti giuridici, senza che essi ne avessero contezza, e che furono messi in luce appena la mercè degli sforzi della giurisprudenza odierna. »

Ihering li addomanda *precetti giuridici latenti.*

La monografia, di cui ci occupiamo, s'informa adunque alla stessa tendenza, che accompagna, per così dire, i primi passi, del celebre giurista, e ch'egli ha manifestata in ripetuti incontri, alla distanza di tanti anni. Questa tendenza è d'altronde il profilo comune alla scuola tedesca, alla quale inneggiò giustamente Carabelli, nel suo distinto trattato sulle ipoteche, predicendo, con slancio profetico, i trionfi del genio germanico.

« Il genio riflessivo, sobrio e pertinace della nazione, così scrive l'egregio italiano, la sospingeva in un regolare processo di unificazione, che se non è compiuto oggidì in tutta l'estensione, come sembra in altri paesi, ha però più che altrove elaborato e fecondato i suoi elementi civilizzatori, ed ottenuto per essi una ricchezza grandissima di prodotti, che fa presumere come la sua vita, quando sia giunta a maturità, sia per crescere pienissima e rigogliosa, in modo che non solo il proprio, ma l'incivilimento europeo avrà ad ottenerne un meraviglioso incremento. Questo processo unificatore è splendidissimo nella filosofia, nella giuridica e nella legislazione » (2).

A queste parole, scritte a Milano, se non erro, nell'anno 1854 o 55, e quindi quando fervevano accaniti i rancori nazionali, e gli odi politici, faranno plauso, senza dubbio tutti gli italiani, ora che, cessate le lotte secolari, la Germania stende la mano alla sua nobile sorella italica, e i due popoli si abbandonano reciprocamente a una corrente d'irresistibile, e, speriamolo nell'interesse della civiltà, d'indissolubile simpatia: ora che, compiuta la grande opera di unificazione, sta rialzandosi anche in Italia il livello dei buoni

(1) I. Vol. pag. 29 seg.

(2) Il diritto ipotecario. Milano, 1864. II ediz. pag. 59.

e seri studi (1), e si sente e si confessa il bisogno di attingere agli insegnamenti di una nazione, le cui produzioni letterarie e scientifiche ricordano l'attività intellettuale degli Elleni, mentre le gesta gloriose di un'epoca palpitante di attualità richiamano al pensiero l'eroismo e la ferrea energia di azione dei Romani, che li condusse alla conquista del mondo.

Eppertanto, per ritornare al nostro libro, non dubitiamo punto che esso verrebbe altresì accolto e salutato in Italia, colla stessa espansione, con cui vengono accolti e salutati altri lavori germanici, se anche, come dissi esordendo, non lo raccomandasse la fama dell'autore, e l'alta importanza dell'argomento, sul quale mi permetterò di soggiungere ancora poche osservazioni, tratteggiando, per sommi capi, alcuni altri punti della teoria d'Ihering, affinchè il lettore ne comprenda di primo lancio la grande utilità pratica.

Ihering, con una opportuna e intelligente interpretazione dei testi romani, trova nella proprietà e nel diritto la chiave della protezione possessoria.

Il possesso è *la fortificazione avanzata*, della quale il proprietario respinge i primi attacchi, che prendono di mira il suo diritto, e la facilitazione della prova, introdotta nel processo possessorio, gli fornisce questa possibilità. Tale facilitazione ridonda di regola a vantaggio del vero proprietario, attesa la rarità dei casi nei quali possesso e proprietà sono disgiunti, mentre il caso normale si è quello in cui entrambi si trovano riuniti nella stessa persona.

Il possesso ha un *interesse patrimoniale*, e lo stesso accanimento, che mettono gli assedianti di una fortezza, per impadronirsi della fortificazione avanzata, e gli assediati per conservarla, impiegano il non proprietario per acquistare, e il proprietario per ritenere il possesso, tanto più che, in una grande quantità di casi, nella questione possessoria sono decisi anche i destini della proprietà.

Per l'acquisto e per la perdita del possesso di una cosa è decisivo il contegno, che suole osservare il proprietario, rispetto a quella

(1) Compresi i giuridici, e qui corremi obbligo di mettere in speciale rilievo la operosità della Università di Bologna, che è stata sempre un eminente focolare scientifico, ed è rimasta fedele alle antiche, splendide tradizioni. Devo poi rendere particolare omaggio all'attività dell'egregio mio amico e collega Serafini, chiamato di recente alla importante cattedra di diritto romano nella Università di Roma.

data categoria di cose. Il possessore deve adunque *atteggiarsi* da proprietario, e nel conservare la cosa avere più presto riguardo all'elemento morale o giuridico, che all'elemento materiale del possesso, al requisito del « *dominio fisico,* » accentuato da Savigny e dalla sua scuola.

Al preaccennato *atteggiamento* avvisa certamente la L. 2 C. de poss. (7. 32): « minus instructus est, qui te sollicitum reddidit, quasi in vacuam possessionem ejus, quod per procuratorem emisti, non sis inductus, quum ipse proponas diu te in possessione fuisse, *omniaque ut dominum gessisse.* »

Questo è appunto « *l'animus dominantis,* » secondo i Greci « *Ψύχηδεσπόζοντος,* » (ben diverso dell'animus domini di Savigny) l'animo di *padroneggiare,* l'intenzione di *esercitare la proprietà,* per mantenere la frase di Alibrandi, sebbene egli sostenga che questo ritrovato posteriore non abbia che fare « coll'*animus,* » coll'elemento volitivo degli antichi, come in generale sostiene che la odierna teoria possessoria non è la romana.

E qui cade in acconcio di avvertire che, sebbene molte verità, affermate da Ihering, non isfuggano al suddetto autore, per es. anch'egli vede per un istante la necessità di prescindere dalla insistenza sul fondo, o dalla ritenzione materiale dell'oggetto mobile (pag. 11) (1), sebbene il suo libro sia elaborato con molto studio e grande diligenza, sebbene anch'egli dissenta in vari punti da Savigny, ciò non pertanto esso sta in complesso sul terreno della vecchia dottrina, tanto è vero che in un passaggio del suo trattato (Capo IV, pag. 97) non si perita di asserire, non so con quanta coerenza, « che nel fatto del possesso i Romani non intendevano esercizio di proprietà, ma un atto materiale di apprensione o di insistenza. »

Per tutto ciò anche il suo tentativo puossi dire fallito, e l'autore

(1) Confr. pag. 41 e particolarmente pag. 44, in cui è parola della incapacità a possedere del servo come conseguenza del divieto della legge. Su questo argomento rimetto il lettore alle deduzioni d'Ihering, per cui questo divieto della legge, rilevato da Alibrandi, è una delle prove più manifeste della insostenibilità delle teorie volitive, che assidono cioè il possesso sulla volontà, e nella turbativa del primo vedono una lesione della seconda. A questo motivo Savigny, e la sua scuola, fanno risalire la protezione possessoria. La confutazione d'Ihering è un vero capolavoro di logica, e di dialettica, degno di tutta l'attenzione.

non appartiene di certo alla categoria dei viaggiatori, che « *giungono felicemente alla meta.* »

La grande mente di Romagnosi ha, in quella vece, rasentata la verità nel brano riportato dallo stesso Alibrandi, e che anche io stimo opportuno di riprodurre:

« La ritenzione del possesso è più una relazione che un fatto materiale. Non consiste essa nell'insistere, e nel tenere materialmente colla persona; ma bensì nella facoltà abitnale di usare della cosa » (1).

Partendo, con Ihering, dalla proprietà e dal diritto, per stabilire la nozione del possesso, si schiude ai nostri occhi un orizzonte più vasto e più sereno, e ci si offre la possibilità, come vedremo in seguito, di costruire sopra una base più larga, più solida e più razionale la teoria possessoria, e di eliminare, se non tutte, per lo meno una buona parte delle sue contraddizioni, di spiegare, se non tutti, almeno una buona parte dei suoi enimmi, sin qui insoluti.

Prima di chiudere questa prefazione, che io mi ero proposto di tenere in limiti più ristretti, mi si consenta di dire qualche parola sulla traduzione, e sulle addizioni apposte al trattato d'Ihering.

In prima linea corremi obbligo d'invocare, e per l'una, e per le altre, la benevolenza del cortese lettore.

Quanto alla traduzione ho dovuto lottare con molte difficoltà linguistiche, e, in onta a tutti i miei sforzi, essa si risente quà e là della durezza del testo tedesco, durezza del resto inconsueta in Ihering, nel cui « *Spirito del diritto romano* » non sai se devi più presto ammirare l'agilità e elevatezza del concetto, o la bellezza dello stile e il lusso del colorito. Se non che l'aridità della materia, trattata nel presente lavoro, non potè non influire sulla forma e dell'originale, e della traduzione.

Mi lusingo però di aver colto il senso dell'autore, e di averlo reso con chiarezza e semplicità. Epperò il benevolo lettore vorrà indulgere agli altri difetti.

Il desiderio poi di usufruttare per le legislazioni moderne, in precipuità per l'austriaca, il pensiero d'Ihering, mi ha indotto a scrivere le addizioni.

(1) Giurisprudenza teorica, parte II, libr. 2, cap. 3, § 2014.

Anche nella soggetta materia i codici moderni non hanno potuto sottrarsi alla influenza del diritto romano, e quindi mi è riuscito di trovare nei medesimi vari riscontri a sostegno dell'assunto d'Ihering, in particolarità rispetto al parallelismo che corre fra il possesso e la proprietà, sì in linea soggettiva, che oggettiva.

Molte delle mie osservazioni sono espresse in forma di polemica, e mirano a confutare le opinioni dei propugnatori della dottrina dominante, segnatamente di Randa, che ha scritto il più pregevole lavoro sul possesso secondo il diritto austriaco.

Per inverso mi si opporrà l'obbietto, che alcuni miei asserti possono sostenersi tutt' al più *de jure constituendo,* e non *de jure constituto.* Prevedo questo obbietto senza che mi creda obbligato d'incontrarlo anticipatamente.

Mentre Ihering tocca soltanto per incidente del quasi-possesso, io ho stimato necessario di occuparmene più distesamente in contemplazione dello sviluppo, che ha avuto questa materia nelle leislazioni moderne, sotto la influenza del diritto canonico e delle consuetudini medio-evali.

In chiusa ho creduto anche io, a imitazione d' Ihering, di concentrare in pochi punti i risultati della disamina da me praticata, sulle traccie dell' insigne professore.

E qui finisco, ben lieto se questi cenni invoglieranno il lettore a proseguire, e a convincersi della grande utilità e della eccellenza del libro, che gli presento in veste italiana, dedicandolo, previo assenso dell'egregio autore, all'uomo, che, con tanta abilità, ha diretto, e dirige anche attualmente, sotto circostanze difficili, il Dipartimento del Culto e della Istruzione, e che, allato di Unger e di Glaser, di questi due principi della scienza, si adopera, con energia, a rialzare le condizioni intellettuali dell'Austria, e a far trionfare il principio liberale.

Vienna, dicembre 1871.

FORLANI.

Nessuna monografia di diritto romano ha incontrato tanta ammirazione e approvazione da una parte, e tanta opposizione dall'altra quanto quella di Savigny sul possesso e, a mio credere, con ragione eguale. Le compete la gloria imperitura e intangibile di avere ripristinato nella nostra dogmatica di diritto civile lo spirito della giurisprudenza romana, e questo merito non verrebbe punto scosso, se anche si riducessero a ben poca cosa i suoi pratici risultati. Se non che questo riflesso non può trattenere la scienza dal sottoporre a una nuova disamina le opinioni di Savigny, e neppure, come lo dimostra l'esperienza, l'anatema scagliato da Puchta contro ogni nuovo pirronista, in un momento di malumore e di dispetto, ingenerati in esso dal gonfio torrente degli scritti sul possesso, può arrestare la critica. E nel vero, nessun'altra opera, come quella di Savigny, provoca la critica, non per avventura rispetto ai dettagli, ma rispetto alla base e alle vedute fondamentali, e ai miei occhi sarebbe una prova dell'agonia del senso e del giudizio scientifico, una prova di decrepitezza, se la nostra scienza si appagasse degli enimmi tutt'ora insoluti, che scaturiscono dalla teoria di Savigny intorno al possesso.

Io mi sono trovato in contraddizione con questa teoria rispetto a punti essenziali sin dal primo momento, in cui mi sono formato un giudizio scientifico indipendente. Ciò non pertanto mi sono creduto

in obbligo di non estrinsecare pubblicamente questa mia opinione prima di averla fatta passare attraverso il vaglio d'indagini ripetute. Queste indagini sono state praticate da me sopra una larga scala, e sebbene io non pretenda di ravvisarvi una garanzia oggettiva della verità, pure posso asseverare di non aver nulla ommesso soggettivamente per pervenire alla stessa. Il primo appunto che m'inspirò la teoria del possesso di Savigny attiene alla questione dell'animus domini, e già nell'anno 1846 io ho esposto nelle mie lezioni la opinione che si trova svolta nel terzo articolo. Sorvennero quindi altri punti di divergenza, particolarmente la dottrina del constitutum possessorium, e la questione sul fondamento della protezione accordata al possesso, e sulla natura giuridica del medesimo. Questi punti costituiscono l'oggetto dei seguenti articoli, che si succederanno nel seguente ordine:

I. Fondamento della protezione del possesso.
II. Natura giuridica del possesso.
III. L'animus domini.
IV. Il constitutum possessorium.

CAPITOLO I

IL FONDAMENTO DELLA PROTEZIONE DEL POSSESSO.

I. Prospetto.

Perchè viene protetto il possesso? Nessuno propone questa questione pella proprietà; perchè adunque la si promuove pel possesso? Pel motivo, che la protezione del possesso balza di primo lancio agli occhi colle sue contraddizioni. Avvegnachè la protezione del possesso involva altresì la protezione dei grassatori e dei ladri; come può però il diritto, che condanna la rapina e il furto, riconoscerne e proteggerne i frutti nella persona dell'agente? Non equivale ciò all'approvazione ed all'appoggio accordato da una parte a quanto viene rejetto e perseguitato dall'altra?

Se una istituzione esiste da secoli, nessun giudizio spregiudicato potrà sottrarsi al convincimento, che motivi imperiosi devono militare pella medesima, e, nel vero, la necessità della protezione del possesso non è stata mai revocata in forse seriamente. Alcuni scrittori, particolarmente i vecchi, evitano affatto la questione, essi si accomodano qui, come in altri incontri, col fatto compiuto. Se non che nella soggetta materia, il fatto, più che altrove, abbisogna di spiegazione. Savigny lo ha compreso. La sua risposta però, se anche è stata approvata per lo innanzi, non ha potuto sostenersi, e successivamente sono stati fatti vari conati di sciogliere in altro modo la questione, e a questi conati io aggiungo il seguente. L'interesse

che presenta la questione, non ha in alcuna guisa una natura meramente giuridico-filosofica, o legislativo-politica, come potrebbe apparire di primo aspetto, ma ha una grande importanza dogmatica, e spero di dimostrare in appresso, che dalla esatta soluzione di questa questione dipende, non solo la retta intelligenza della teoria del possesso, ma che tale soluzione mette capo altresì a rilevanti pratici risultati.

La circostanza, che le soluzioni date sin ora a questa questione, non sono state quasi da nessuno raccolte in un prospetto (1) e sottoposte a una critica accurata, mi obbliga a sobbarcarmi a questo cómpito. Io ho tentato di dividerle in due gruppi, ad imitazione delle teorie della pena, vale a dire in assolute e relative.

Le teorie relative del possesso cercano il fondamento della sua protezione non nel possesso stesso, ma in riguardi, istituzioni e precetti giuridici estranei al medesimo; egli non viene protetto per sè stesso, ma soltanto per favorire taluno, che altrimenti non conseguirebbe il proprio diritto pienamente; il possesso non può essere da sè, e per sè concepito.

Le teorie assolute cercano in quella vece di concepire il possesso, considerandolo in sè, e per sè, il possesso deve la sua protezione e la sua importanza non a vedute e considerazioni estranee allo stesso, ma porta in sè la sua pretesa ad essere riconosciuto giuridicamente, e il diritto non può rifiutargli tale riconoscimento. Una di queste teorie trova questo fondamento giuridico del possesso nella volontà. Il possesso è la volontà in sè, il nudo fatto, per cui la volontà umana si realizza sulla cosa, e che deve essere riconosciuto e rispettato dal diritto senza riguardo se esso sia utile o dannoso; gli è un diritto originario della volontà di essere riconosciuta tanto dal legislatore in abstracto, che dal giudice in concreto, ogni qualvolta sollevano la questione del possesso. Insomma, il possessore può ripetere protezione e riconoscimento con ogni diritto e ragione, come il proprietario. A questa necessità della protezione del possesso, che viene assisa sul momento etico della volontà, un' altra teoria contrappone la necessità economica del possesso. Il possesso è eco-

(1) Randa fa una onorevole eccezione, nella sua monografia: *Il possesso secondo il diritto austriaco.* Lipsia, 1865, § 8.

nomicamente così necessario come la proprietà; amendue non sono che le forme giuridiche, nelle quali si realizza la destinazione economica della cosa pegli umani bisogni.

Da questo punto d'aspetto io schiererò in gruppi le singole opinioni nella seguente esposizione, senza sottacere, che ciò non può avvenire con quella chiarezza e precisione, che sono possibili rispetto alle teorie della pena.

Oltracciò l'antitesi fu così poco accentuata sinora, che in alcuni scrittori si trovano gettate in un fascio amendue quelle opinioni fondamentali (1). Forse questo tentativo contribuirà a portare per lo meno luce in questo riguardo.

1. TEORIE RELATIVE.

La protezione del possesso non ha il suo fondamento nel possesso stesso, ma

1) nel divieto della violenza, nel quale:

a) Savigny accentua particolarmente il rapporto di privato diritto attinente al possessore (la turbativa di possesso è un delitto contro il possessore);

b) Rudorff invece il rapporto di pubblico diritto attinente alla Comunità (la turbativa di possesso è un attentato contro l'ordine giuridico);

2) nel più eminente principio giuridico, che nessuno può sopraffare un altro, a meno che non abbia motivi prevalenti di un diritto migliore (Thibaut);

3) nella prerogativa della irreprensibilità, in virtù della quale devesi ammettere, sino a prova del contrario, che il possessore, il quale può avere un diritto al possesso, sia fornito dello stesso (Röder);

4) nella proprietà; il possesso viene protetto:

a) come proprietà probabile (anche possibile, quest'è la vecchia opinione);

b) come proprietà incipiente (Gans);

(1) Puchta, *Scritti misti*, pag. 268. — Trendelenburg, *Diritto naturale basato sull'etica*, 2.ª edizione, Lipsia 1868. — § 95. Gans. Vedi più sotto.

c) nell'interesse del necessario completamento della protezione accordata alla proprietà (questa è la mia opinione).

2. TEORIE ASSOLUTE.

Il possesso è protetto come tale; avvegnachè:

1.º esso sia la volontà, che in qualche modo s'incorpora (Gans, Puchta, Bruns);

2.º esso serve, come la proprietà, alla universale destinazione del patrimonio: al soddisfacimento degli umani bisogni mediante le cose, e la libera potestà che sulle stesse si esercita. — Il suo scopo si è di conservare lo stato di fatto delle cose (Stahl).

II. Il divieto della violenza quale fondamento della protezione del possesso.

L'opinione di Savigny è così nota, che io non so davvero se sia necessario citare le sue parole.

« Non essendo il possesso in sè un rapporto di diritto, ne viene, che neppure la turbativa dello stesso sia una lesione di diritto. Essa può assumere questo carattere soltanto se è leso contemporaneamente un altro diritto. Se la turbativa avviene violentemente, essa costituisce una lesione di diritto pel motivo, che ogni atto di violenza è ingiusto, ed è appunto questa ingiustizia che viene tolta mediante l'interdetto. — Gl'interdetti presuppongono un'azione, che già sia ingiusta pella sua forma. — Il possessore ha il diritto di pretendere da ognuno che non adoperi, in generale, contro di esso violenza (1) ».

« In questo caso accanto della persona non è leso un diritto indipendente, ma nello stato della persona è avvenuto un cangiamento a suo svantaggio, e l'ingiustizia, che riposa nella violenza usata contro la persona, deve essere affatto estirpata nelle sue conseguenze, e ciò può avvenire soltanto mediante ripristinazione e pro-

(1) Savigny, *Diritto del possesso*, § 5, edizione 7 di Rudorff, Vienna, 1865, pag. 30-32.

teggimento di quello stato di fatto, al quale si è estesa la violenza (1). »

L'opinione di Rudorff (2) non si dispaja essenzialmente da quella di Savigny. Mentre questi colloca la pretesa ad essere protetti contro la violenza, nella persona del possessore, o per usare le sue parole, fa valere « il riguardo di privato diritto come base del possesso, » Rudorff accentua « il rapporto pubblico della violenza come violazione dell'ordine pubblico, » nell' atto che fa risalire la protezione del possesso al divieto della privata difesa. Gli è manifesto, che anche questo punto di aspetto è conciliabile colla protesta di privato diritto del possessore ad essere protetto, come lo prova esuberantemente il Decretum Divi Marci. All'incontro questo punto di aspetto si appalesa troppo ristretto, ove si rifletta, che la turbativa violenta, o sottrazione del possesso, non avviene sempre negli scopi della privata difesa, per tacere degli altri due casi d'illegale sottrazione del possesso (clam, precario). I dubbi esternati da varie parti contro questa modificazione dell'opinione di Savigny (3) sembra abbiano indotto il suo autore a ritirarla tacitamente (4), di guisa che noi potremo limitarci, nella seguente esposizione, esclusivamente alla disamina del concetto di Savigny.

Di primo lancio esso presenta alcunchè di seducente — se non si conosce cioè, o si perde di vista, l'aspetto che ha assunto il possesso nel diritto romano. In un compendio di diritto naturale tale concetto sarebbe pienamente adequato (5), mentre esso non può che recare somma sorpresa in un' opera, che si propone di esporre la teoria romana del possesso. Imperciocchè questa e quello sieno affatto inconciliabili, e si contraddicano ad ogni piè sospinto; il ten-

(1) Ibid, § 6. Aggiunta, 7 edizione, pag. 56.

(2) *Giornale pella giurisprudenza storica*, VII, pag. 90 e seg.

(3) Savigny, loc. cit. pag. 62-64.

(4) Ibid, nelle sue aggiunte, pag. 575.

(5) E persino qui si dovrebbe prima fornire la prova richiesta da Randa, che cioè sia ingiusta la violenta sottrazione del possesso. « In sè » osserva egli a ragione « la violenza potrebbe apparire ingiusta in tanto, in quanto venga leso un diritto Dove però non è leso alcun diritto, ma è cangiato soltanto uno stato di fatto, non può essere parola di cancellare la ingiustizia della violenza e delle sue conseguenze. » In seguito (IV) ritornerò su questo argomento.

tativo di realizzare legislativamente tale concetto ingenererebbe un diritto di possesso affatto dissimile al romano. Noi passiamo ora alla dimostrazione di questa tesi con riferimento ai punti principali della teoria romana del possesso.

1. *Difetto di protezione rispetto alla* detentio alieno nomine.

Se gl'interdetti possessorii riposano sulla idea di una lesione di diritto perpetrata contro la persona, non si sa vedere per qual motivo essi vengano denegati a chi possiede in nome alieno. Che ha da fare l'ingiustizia contro la persona colla qualità del rapporto possessorio? L'ordine giuridico viene leso meno per avventura, se taluno espelle un affittuale invece di un conduttore ereditario? La violenza resta violenza contro qualunque essa venga esercitata. Una azione, che, come tale, vale a dire indipendentemente dalla persona lesa, racchiude in sè una ingiustizia, è impossibile che ora abbia questo carattere, e ora non lo abbia a seconda della diversità delle presupposizioni.

Sentiamo ciò che risponde Savigny. « O » dice egli (pag. 59), « concepiamo questo amministratore in armonia o in opposizione col vero possessore. Nel primo caso esso non ha bisogno degli interdetti, in quantochè quelli del possessore il garantiscono convenientemente. Nel secondo caso poi, se egli, contro la volontà del possessore, vuole valersene in suo confronto, o avverso un terzo, non può farlo, perchè invaderebbe il rapporto obbligatorio, al quale deve la sua detenzione, e che gli basta per ogni possibile interesse. » È questa argomentazione poi atta a convincere? Ne dubito (1). Savigny ha perduto di vista in questa deduzione il suo concetto degli interdetti possessorii. E nel vero, se gli stessi si risolvono in una protezione contro l'ingiustizia arrecata alla persona, e il rapporto possessorio ha un'importanza del tutto subordinata, e si riferisce soltanto all'elemento di fatto della situazione, non si sa davvero comprendere, perchè il detentore debba derivare dal possessore la protezione contro una ingiustizia usatagli personalmente. Gli è affatto indifferente, che gl'interdetti del secondo, in caso di concordia, « tutelino suffi-

(1) Contro la stessa vedi anche Randa, loc. cit. Nota 3.

cientemente il detentore e non gli sieno quindi necessarii (1), subitochè la turbativa prende di mira non il possesso, ma la persona. La protezione contro l'ingiustizia, che si vuol ravvisare in questo caso, non è questione di opportunità e di necessità, ma un postulato della conseguenza. La persona viene tutelata; se sono entrambi lesi, entrambi devono essere protetti; se viene leso uno soltanto, soltanto a questo compete la protezione, e quindi in ogni caso al detentore, che in prima linea è colpito dalla violenza. Ciò avviene nell'interdetto quod vi clam; se l'opus vi aut clam factum lede egualmente l'interesse dell'affittuale e del locatore, amendue hanno l'interdetto (2). Riflettasi ora, che questa è una conseguenza del punto di vista del delitto (3), e si scorgerà di leggieri come i giuristi romani avrebbero dovuto giudicare, se avessero collocato eziandio gl'interdetti possessorii sotto lo stesso punto di aspetto.

Se i detentori non abbisognano di un mezzo indipendente di protezione, perchè accorda loro il diritto romano l'act. furti e vi bonorum raptorum? (4). In base allo stesso motivo, pel quale, giusta l'opinione di Savigny, denegava loro i rimedi possessorii, avrebbe dovuto rifiutare ad essi anche le azioni testè accennate. Se non lo ha fatto, ciò prova, che al diritto romano non è sfuggita l'immediata direzione di quei delitti rivolti contro il detentore, e la necessità e l'importanza d'impartirgli contro i medesimi una protezione immediata. E non solo la lesione personale vien fatta valere in quelle due azioni e nell'interdictum quot vi aut clam, ma e nell'uno e nell'altre trova espressione l'interesse reale, patrimoniale, connesso al mantenimento del rapporto di detenzione. Praeterea, è detto nel citato fr. 14, § 2, de furt., habent furti actionem coloni, quamvis domini non sint, quia *interest eorum*, e nel fr. 2, § 22. Vi bon. cit. Persino la cosa comodata, oppignorata, affittata viene compresa nel patrimonio, nel senso, che essa non si trova, è vero, «in bonis» ma ciò non pertanto

(1) E anche ciò non è sempre esatto, come avverte giustamente Randa; per esempio in caso di assenza del possessore.

(2) fr. 12 quod vi (43. 24).

(3) fr. pr. ibid. facto tuo delinquentis, fr. 1, § 2 injuriam comminisci.

(4) E per ciò esse competono anche al figlio di famiglia, fr. 9 de O. et A. (44. 7): injuriarum et quod vi aut clam, fr. 13, § 2 quod vi, fr. 14, § 2, fr. 85 de furt. (47. 2), fr. 2 § 22. Vi bon. (47. 8).

è « ex bonis. » vale a dire « ut ex substantia mea res ablata esse proponatur... ut intersit mea eam non auferri. » Per tal modo il pigionale ottiene l'interdetto de migrando, in dipendenza alla retenzione delle cose inferte, anche rispetto a quelle che gli sono state prestate, locate, o sono state depositate presso di lui, e alle stesse si estende altresì la hereditatis petitio (1).

Se possessore e detentore sono discordi, dice Savigny, il secondo non può proporre gl' interdetti, perchè egli, in questo modo, invaderebbe il rapporto obbligatorio. Se non che, ammessa anche tale invasione, di fronte al possessore, quale importanza ha questo riflesso dirimpetto all'autore della turbativa? A quest'ultimo si applica la misura della sua azione, senza ch'egli possa dedurre un diritto dal rapporto obbligatorio che intercede fra detentore e possessore. S' egli potesse derivare tale diritto, ciò dovrebbe avverarsi in particolarità nel caso di espulsione dell'affittuale per parte del locatore, sendochè in questo caso sia indubbia e flagrante l'invasione nel rapporto obbligatorio — e ciò non pertanto il diritto accorda senz'altro gl'interdetti all'affittuale divenuto possessore in seguito alla espulsione (2) e non viene punto ascoltata l'opposizione, che il terzo potrebbe ricavare dal rapporto obbligatorio che passa fra affittuale e locatore.

Insomma, puossi dire fallito il tentativo di Savigny, rivolto a combattere le eccezioni, che possono essere desunte contro il suo concetto dal difetto di protezione del detentore. Gli è certamente una strana ironia del destino letterario, pella quale, del resto, rispetto a Savigny, in onta alla sua grandezza, si potrebbero allegare varie prove: gli è una strana ironia, dicevo, che Savigny, il ristauratore della teoria romana del possesso, abbia, a dilucidazione della stessa, enunciato una idea, che sta con tale teoria in una irreconciliabile contraddizione, e d'altro canto abbia svolta la più viva opposizione contro una apparizione moderna, che si presenta nella sfera del possesso, e che contiene la realizzazione storica di quella sua idea; vale a dire contro il summarissimum e l'act. spolii. Chi ravvisa nella turbativa e nella sottrazione del possesso una ingiustizia contro

(1) fr. 2, de migr. (43, 32), fr. 19, pr. de her. pet. (5, 3).
(2) fr. 12, de vi (43,16).

la persona, deve di necessità far plauso a quei due rimedi legali, consentiti a ogni possessore senza riguardo alla qualificazione del possesso, e salutarli come la realizzazione di tale concetto — mentre Savigny li considera come un traviamento scientifico, come un aborto. Chi divide questa opinione e lotta pella conservazione del puro diritto romano, deve decisamente impugnare la proposizione, che i mezzi di protezione del possesso si risolvano in una tutela della persona. In quella vece Savigny l'ha non solo enunciata, ma mantenuta per mezzo secolo!

2. *Difetto di protezione del possesso in caso d'incapacità della cosa o della persona.*

a) Della cosa. Rispetto alle res extra commercium non può essere parola nè di possesso, nè di protezione del possesso (1). E per quale motivo? Dal mio punto di vista credo che potrò in seguito risolvere questa questione in modo soddisfacente, nel riflesso che sulle stesse non è neppure possibile la proprietà, della quale il possesso non è che la esteriorità (2), e deve quindi cessare dove la prima è inconcepibile. Se non che dal punto di vista di Savigny quella proposizione non può essere assolutamente spiegata. E, nel vero, se la lesione del possesso acquista soltanto una importanza giuridica, pel motivo che essa involve una ingiustizia contro la persona, punto rileva la qualità della cosa; che importa se essa sia mobile o immobile, che abbia o meno la capacità giuridica? Ciò è affatto indifferente, come se un omicidio venga commesso presso una casa o dietro una siepe, sotto un faggio o sotto una quercia. Ove il concetto di Savigny fosse esatto, dovrebbe subentrare, rispetto al possesso, il trattamento prescritto dal fr. 13, § 7 de inj. (47.10), rispetto alle azioni per ingiurie, e che astrae affatto dalla speciale qualità giuridica della cosa. Gli è affatto indifferente, se taluno mi impedisce l'uso della mia casa o di una res publica (in publicum

(1) Confr. §. 311, comb. col § 356 Cod. Civ. Aust. e art. 690 Cod. Ital.

(2) Dietro approvazione dell'illustre scrittore, ho creduto di dover adoperare questa espressione per tradurre la parola *Thatsächlichkeit* usata nel testo, che dinota appunto il lato esterno della proprietà, ciò che si suole chiamare rapporto di fatto. (*Note del Traduttore.*)

lavare aut in cavea publica sedere, ecc.) o di una res communis omnium (in mari piscari): in tutti questi casi è ammessa l'actio injuriarum. Nè mi si opponga, che il possessore di una res extra commercium non ha alcun interesse sulla cosa, o ch'egli commette una ingiustizia se la possiede, e che l'ingiustizia non può essere protetta. Avvegnachè lo stesso si possa dire anche rispetto al ladro e grassatore (1), quantunque ad amendue spettino gl'interdetti possessorii. E poi, se anche ciò fosse esatto per le res sacrae e respublicae, non vige lo stesso principio per tutte le res extra commercium.

Diffatti la res religiosa si trova di fronte a quello, cui appartiene, « ad quem pertinet » in un rapporto analogo alla proprietà; egli solo è autorizzato ad usarla corrispondentemente al suo scopo; egli ha, al pari del possessore, la facoltà di escludere qualunque altro; insomma egli ha sul rapporto un interesse riconosciuto giuridicamente e protetto (2). In caso di violento turbamento di questo rapporto non mancano certamente le presupposizioni che bastano, secondo Savigny, pegli interdetti possessorii, e ciò non pertanto essi vengono denegati all'avente diritto (3), e gli vengono invece concessi altri mezzi di protezione. Lo stesso avviene rispetto al rapporto del padre verso suo figlio. Era forse minore il suo interesse,

(1) Per questo motivo non è loro accordata l'actio furti, neppure nel caso che venga loro asportata la cosa, fr. 76, § 1 de furt. (47,2)... si honesta causa interest, vedi anche fr. 12, § 1 ibid. nemo de improbitate sua consequitur actionem; parimente l'actio ad exhibendum, fr. 3, § 11 ad exh. (10,4): la petizione per divisione della eredità non si estende al « quod vel vi aut latrocinio aut aggressura aquisitum erit. » fr. 4, § 2 fam. erc. (10,2).

(2) Vedi i passi che puntellano questa opinione nel mio *Spirito del diritto romano* (*a*), III, pag. 335, ai quali si può aggiungere quello che viene addotto da Orelli, *Corp. inscr.* II, N. 4358, e segnalato da Rudorff in Savigny, loc. cit., pag. 604, e nel quale è cenno della trasmissione del possesso del sepolcro (in vacuam possessionem... ire aut mittere).

a) L'egregio scrittore parte dal principio, che i membri naturali delle cosiddette persone giuridiche, sieno i veri destinatari del patrimonio devoluto a uno scopo. Noi ci siamo sforzati di combattere questo assunto nella nostra monografia sulle Persone giuridiche, pubblicata nell'Archivio giuridico di Serafini. (*Nota del Traduttore.*)

(3) Fr. 30, § 1, de poss. (41,2).

e minore il torto da parte dell'avversario, se taluno gli tratteneva il figlio, anzichè uno schiavo? Nell'ultimo caso era concesso l'interdictum utrubi, un interdetto possessorio, nel primo sorvenivano interdetti speciali (de liberis exhibendis e ducendis).

b) Incapacità di possedere della persona. Schiavi e figli di famiglia sono, come è noto, pel diritto romano, incapaci di possedere (1). Secondo Savigny (pag. 126) « questo precetto ha evidentemente fondamento nella regola generale, che il figlio non può avere, in generale, un diritto patrimoniale. » È giusto! Se non chè com'è conciliabile questa spiegazione colla idea di Savigny, che nel possesso non viene protetto il rapporto di diritto patrimoniale, come tale, ma la persona? Se fosse vero, che gl' interdetti possessorii emanino dal punto di vista del delitto, non si avrebbe potuto senz'altro rifiutarli al figlio, dappoichè nella stessa guisa, che giusta il fr. 9 de O. et A. (44,7) « suo nomine nullam actionem habet nisi *injuriam et quod vi aut clam* et depositi et commodati » egli avrebbe potuto avere anche quelle azioni.

3. *Protezione del possesso dell'*injustus o malæ fidei possessor.

A mio credere, anche questa sta in aperta contraddizione col concetto di Savigny. Al ladro e al grassatore vengono negate l'act. furti e l'act. legis Aquiliæ (2); come avrebbesi potuto accordar loro gl'interdetti possessorii, se gli stessi fossero stati ritenuti quali azioni per delitti. Si confronti il modo, con cui si esprimono i giuristi nel fr. 12, § 1 e fr. 76, § 1 de furt. cit. Furti actio, è detto nel fr. 12, malæ fidei possessori non datur, quamvis interest ejus rem non subripi, quippe cum res periculo ejus sit, *sed nemo de improbitate sua consequitur actionem* et ideo soli bonæ fidei possessori, non etiam malæ fidei furti actio datur, e nel fr. 76 § 1 nam: licet intersit furis rem salvam esse, quia condictione tenetur, tamen cum eo is cujus interest furti habet actionem, si *honesta ex causa interest.* Anche qui Savigny ci trascina dinanzi a un enimma insoluto e in-

(1) fr. 49, § 1, de poss. (41,2).

(2) fr. 12, § 1; fr. 76, § 1, de furt. (47,2), fr. 10, § 6, arg. fr. 17, pr. ad leg. Aq. (9,2). All'incontro vengono loro concesse le azioni contrattuali, p. es. l'act. commodati, fr. 15, 16. Commod. (13,6), l'act depositi, fr. 31. Dep. (16,3).

solubile, e non fa alcun tentativó per conciliare col suo concetto quei passaggi, dai quali trae partito contro i suoi avversarii in un' altra direzione. Se il proprietario toglie clandestinamente o violentemente la cosa al malæ fidei possessor, e la distrugge, il secondo non ha contro il primo nè la condictio furtiva, perchè presuppone la proprietà, nè l'actio furti, perchè presuppone l'interesse, nè l'actio leg. Aquiliæ, perchè presuppone un diritto sulla cosa, o almeno la bonæ fidei possessio; il derubato respinge l' azione dal delitto, richiamandosi semplicemente alla sua proprietà (1). Se all'incontro il malæ fidei possessor promuove un'azione possessoria, come può farlo oggigiorno, tanto pelle cose mobili che pelle immobili, dopo che Giustiniano ha completamente equiparati i due interdetti uti possidetis e utrubi, il convenuto non viene punto inteso colla eccezione della sua proprietà e la malæ fidei possessio dell'attore viene soltanto ventilata se l'exceptio vitiosæ possessionis è fondata di fronte all' attore. Chi non sente, che il punto di vista dell'apprezzamento è affatto diverso nei due casi: nel primo caso domina il punto di vista del delitto, nel secondo un punto di vista affatto estraneo al medesimo.

4. *Inesistenza della natura delittuosa in tutti gl'interdetti possessorii.*

Soltanto rispetto a un solo, all'interdictum unde vi, è ammessa questa natura delittuosa, rispetto a tutti gli altri si deve negarla. Quanto all'interdictum de precario Savigny (pag. 31) vuol giustificarla nel riflesso, che « in sè è ingiusto abusare della buona volontà dell' altro, come è parimente ingiusto prendere con violenza una cosa. » Se non che se questa asserzione fosse esatta, dovrebbe essere un'azione per delitto anche la condictio ex mutuo, l'actio commodati e l'act. præscriptis verbis, che può aver luogo in base al precario. L'interdictum de precario può, è vero, assumere un colorito delittuoso mediante dolus del detentore precario, al pari della reivindicatio (in seguito a dolus præteritus del possessore) (2), ma questa semplice possibilità converte così poco l' interdetto, come la reivindicatio, in una

(1) Parimente l'act. depositi del ladro, fr. 31, § 1 Dep. (16,3) i. f.

(2) Per effetto di coerenza anche qui l'erede del detentore precario risponde soltanto pell'arricchimento in dipendenza al delitto del suo ereditando, fr. 8, § 8 de prec. (43,26).

azione per delitto. Esso, in mancanza di questa presupposizione, è rivolto tanto contro l'erede, che contro l'ereditando (1).

O il rifiuto della restituzione racchiude per avventura di necessità un dolus? Punto. Si rifletta per esempio al caso, che l'erede, o il tutore del detentore precario, divenuto pazzo, non abbia alcuna contezza del precario, o che lo stesso detentore abbia rilevato nel frattempo di essere proprietario? Nel secondo caso egli rifiuta la restituzione con pieno diritto: « ideirco quia receptum est, rei suæ precarium non esse (2). »

Dei due interdicta retinendae possessionis, l'interd. utrubi nella sua forma antigiustinianea resiste a tutti i tentativi di metterlo in armonia colla idea di Savigny. È noto, come lo stesso fosse proponibile non solo contro colui che aveva immediatamente sottratto il possesso all'attore, ma anche contro ogni terzo, persino contro il bonae fidei possessor; l'unica presupposizione di questo interdetto consisteva in ciò che l'attore nell'ultimo anno, a datare dal momento della insinuazione della petizione, avesse posseduto più a lungo del convenuto. Savigny, a quanto mi consta, non si è mai pronunciato sulla questione, come questo interdetto possa conciliarsi colla sua opinione; se lo avesse provato, egli non avrebbe tardato guari a persuadersi della loro inconciliabilità. In amendue i punti (pag. 31,49) dove avrebbe dovuto farlo, egli passa sotto silenzio il nostro interdictum. Nella caratterizzazione degli interdicta retinendae possessionis egli accentua per essi il requisito della violenta lesione del possesso (pag. 400), e a puntello si richiama, con riguardo all'interd. utrubi, « al vim fieri veto, » del formulario nel fr. 1 pr. utrubi (43.31). Nello speciale trattamento dell'ultimo interdetto, egli non trova poi, su questo punto, « nulla di particolare a ridire » (pag. 413) (1[a]). Se non che, quale significato aveva quel « vim fieri veto »? Non certa-

(1) Fr. 8, § 8, cit. heres ejus, qui precario rogavit, tenetur quemadmodus ipse.

(2) Fr. 4. § 3, ibid.; fr. 45, pr. de R. I. (50. 17), fr. 21, pr. de usuc. (41. 3), fr. 31, § 1 Dep. (16. 3). L'interdetto rappresenta la prova della proprietà come infondata ipso jure. Vedi il mio *Spirito del diritto romano*, III, pag. 65, 66.

(1[a]) Anche Rudorff nulla trova a ridire contro questo argomento, almeno io non trovo alcuna sua aggiunta al passaggio citato (pag. 400 nell'appendice); e sì che si avrebbe dovuto, prima che da altri, attendere da lui, così versato nel sistema formulare romano, la dimostrazione della insostenibilità di questo argomento desunto dalla formula.

tamente che deve aver avuto luogo la violenza, se taluno vuol proporre l'interdetto, ma in quella vece, che il convenuto non può opporre nessuna violenza all'attore, se questi vuol prendere seco la cosa (quominus is eum ducat).

La violenza non era quindi sollevata a presupposizione di questo interdetto, come non lo era neppure nei molti altri interdetti non possessori forniti della stessa formula. Altrimenti il pretore avrebbe dovuto formulare l'interdetto mettendo in rilievo la perpetrazione della violenza con riguardo al passato, non con riguardo all'avvenire, come p. e. nell'interd. quod vi aut clam; quod — *factum est*, o nell'interd. unde vi: unde... *dejecisti*.

Mi si conceda di essere breve rispetto all'interd. uti possidetis in contemplazione delle accurate indagini, a cui esso è stato sottoposto negli ultimi tempi (1). Non è vero, che una « violenta lesione del possesso » appartenga alle presupposizioni di questo interdetto (Savigny, pag. 400). L'investigazione del giudice: « num vis facta sit contra edictum Praetoris » si riferisce all'epoca posteriore, e non all'anteriore all'emanazione dell'interdetto. Il quale poteva essere senz'altro invocato da amendue le parti nel caso di una controversia possessoria (controversia de possessione) affatto pacifica ed esente da ogni violenza, per es. se si disputava fra due pretendenti ereditari quale pel primo avesse preso in possesso il fondo ereditario, e appunto tanto Ulpiano (fr. 1, § 3 uti poss. 43.17), che Gajo (IV. 148) prendono da questo caso di applicazione il loro punto di partenza nella loro esposizione dello interdetto. Secondo Savigny l'implorante avrebbe dovuto in questo caso essere respinto.

5. *Superfluità degli interdetti possessori considerati come speciali azioni per delitti accanto delle già sussistenti.*

Se il Pretore avesse voluto creare, cogli interdetti possessori, soltanto nuove azioni per delitti, non si saprebbe vederne la necessità, ove si rifletta, che le sussistenti bastavano; in una turbativa

(1) Vedi in particolare HERMANN WITTE, l'*Interdictum uti possidetis*. Lipsia, 1863, segnatamente pag. 110 e seg.

di possesso l'interdictum quod vi aut clam e l'actio injuriarum (1), in una sottrazione dello stesso l'actio furti, che nel vecchio diritto si estendeva anche alle cose immobili (2) ed abbracciava tanto la sottrazione clandestina che la violenta (3), e che in caso di necessità avrebbe potuto essere dilatata anche al detentore precario (4).

6. *Le condizioni rivolte alla restituzione del possesso.*

Appena negli ultimi tempi Bruns (4a) ha richiamato sulle stesse l'attenzione, ed ha osservato (pag. 416) « che esse non si accomodano alla teoria di Savigny. » Il possesso apparisce nelle stesse come oggetto indipendente e quasi fondamento della petizione, punto subordinato alla violenza. Epperò non si può assolutamente sostenere, che pel concetto romano la violenza impartisca appena al possesso importanza giuridica.

Riassumendo il sin qui detto in una proposizione, il concetto di Savigny accolla al Pretore la creazione di azioni per delitto, le quali:

1.° erano affatto superflue allato di quelle già introdotte dal diritto civile (N. 5), e le quali poi

2.° erano denegate a coloro, ai quali avrebbero dovuto essere concesse, in base ai principi vigenti pelle azioni scatenti da delitti (N. 1 e 2), all'incontro

3.° erano accordate a coloro a cui avrebbero dovuto essere rifiutate di conformità a questi principi (N. 3), e rispetto alle quali,

4.° ad eccezione di una sola, non si può scoprire la più lieve traccia di un delitto (N. 4).

(1) Rispetto al primo confr. gli esempi nel fr. 7, § 5, 6, 9, 10, fr. 9, 11 ed altri quod vi (43.24), rispetto alle ultime fr. 13, § 7 de inj. (47.10) e Paolo S. R. V. 6, § 5.

(2) *Gellius*, XI, 18, § 13.

(3) Fr. 1 vi bon. (47.8), Gaj. III, 209.

(4) Cf. Gell. loc. cit. col fr. 66 pr., 67 pr. de furt. (47.2).

(4a) *Il diritto del possesso nel Medio Evo e nelle epoche attuali.* Tübingen, 1848 pag. 27 e seg.

3. ALTRE TEORIE RELATIVE.

1. *Quella di Thibaut.*

Il punto di partenza di Thibaut (1), nella sua costruzione del possesso, non è il fatto senz'altro, ma l' esercizio dei diritti (2) considerato come una forma speciale di condizioni di fatto, e noi avremo in seguito occasione di mostrare, qualmente questo punto di vista possa essere fecondamente usufruttato pella intelligenza della teoria del possesso. Se non che il fondamento, sul quale Thibaut vuol assidere la protezione del possesso, è molto oscillante. « Gli è (osserva quest'autore) un principio imperante e necessario in via razionale, che nessuno possa sopraffare giuridicamente un altro, a meno che non abbia motivi prevalenti di un miglior diritto, e quindi quello stato di fatto diventa esternamente importante in linea giuridica, perchè conduce alla regola, pella quale ognuno, che esercita di fatto un diritto, dev'essere mantenuto iu questo stato sino a che un altro dimostra un diritto migliore. » Ma se il possesso è soltanto uno stato di fatto, perchè si richiede una preminenza per farlo cessare? Uno stato di fatto sorge e sparisce, senza che in ciò sia punto interessato il diritto. Sta pel fatto, che il mio tiglio ripara il vicino dagli strali del sole; ma chi lo protegge se io voglio svellere l'albero? Sta pel fatto, che un negoziante ha una estesa clientela; ma lo garantisce per avventura il diritto, se un concorrente glicla rapisce? Se non basta la circostanza, che il possesso racchiude l'esercizio di un diritto per impartirgli il carattere di un rapporto giuridieo, e se esso deve in quella vece essere, secondo Thibaut, collocato sopra una linea con tutte le altre condizioni di fatto, deve valere e per queste e per quello la stessa legge, vale a dire la loro origine, la loro sussistenza e la loro cessazione sono un effetto della semplice forza fisica.

(1) Sistema del diritto delle pandette. Ediz. 8, § 203, 204. Nel suo scritto sul possesso e sulla usucapione, Jena, 1802, § 2, egli non allega alcun motivo pella protezione del possesso.

(2) Anche in Hufeland, possesso (Sullo spirito peculiare del diritto romano, parte 2ª, sezione 1ª) pag. 5 e seg., pag. 18 e seg.

Nella sfera del diritto « la sopraffazione » presuppone certamente « una preminenza » ma trasportando questa, idea sul terreno del fatto, si dimentica quanto è stato detto intorno al medesimo.

Se non che ammettiamo anche che decida la preminenza, il diritto migliore. Gli è certo, che l'affittuale, che viene espulso da un terzo, il quale non ha alcun diritto nè sulla, nè alla cosa, possiede « un diritto migliore » del terzo, mentre il suo stato di fatto si appoggia almeno a una concessione obbligatoria per parte del vero proprietario; perchè non viene egli adunque inteso, vale a dire perchè gli vengono denegati gl'interdetti possessorii? Ma ciò non basta. Se il locatore sottrae nuovamente il possesso a questo deiciente, o al suo erede, perchè viene preclusa persino ad esso, nel processo possessorio, la dimostrazione del suo diritto migliore, ch'egli si propone di fornire?

Eppertanto la spiegazione di Thibaut, nell'atto che apparentemente si aggira soltanto sul terreno del fatto, invade in pari tempo quello del diritto, senza corrispondere nè in un senso nè nell'altro ai relativi principi.

Se il possesso è realmente soltanto uno stato di fatto, non si ottiene per esso alcuna protezione giuridica, in base al punto di vista che la forza, chiamata a togliere una condizione, dev'essere più energica di quella che la mantiene; l'argomentazione che si agita affatto in una sfera fisica, non sorte dalla stessa neppure nei suoi risultati. Se in quella vece il possesso è un diritto, quel punto di vista conduce a una conformazione del rimedio giuridico affatto dissimile a quella che gli ha dato il diritto romano. Lo speciale sistema romano della protezione del possesso non può essere concepito in questo modo.

Lo stesso difetto presenta

2. *L'opinione di Röder* (1).

Questo scrittore vede il fondamento della protezione del possesso nel diritto originario della incensurabilità, che si estrinseca nella regola: quilibet praesumitur justus (? — bonus) donec probetur

(1) *Principî del diritto naturale* o *della filosofia del diritto*, 2 ediz. 2 sezione, pag. 250.

contrarium. In virtù di questo diritto « che giova a ogni possessore, devesi provvisoriamente ammettere, che ogni rapporto esterno, nel quale esso si trova, con una cosa o con una persona, e che in via di possibilità sussiste sulla base e in conseguenza di un diritto, necessario al suo esercizio, sussista anche realmente in forza del medesimo, e che quindi tale rapporto non sia ingiusto. »

L'applicazione di questo diritto originario al possesso è effetto di un salto. Il preaccennato diritto non ha a suo contenuto l'incensurabilità di un rapporto esterno, ma sibbene di una persona. Se la persona è incensurata o irreprensibile, lo è anche il detentore non meno del possessore giuridico, lo è il non possessore non meno del possessore. Collo stesso diritto, con cui quest'ultimo si richiama alla sua credibilità, può richiamarvisi anche il non possessore: la credibilità non viene per niente puntellata dal fatto esterno del possesso. Volendosi adunque appoggiare il possesso sulla presunzione della legittimità, ciò deve avvenire in altro modo; quella presunzione desunta dalla persona non è atta a sorreggere tale lavorio. Ma ammesso anche il contrario, — se il possessore non ha che la presunzione a suo favore, perchè è vietato all'avversario di snervarla mediante una controprova? Cosa resta della incensurabilità, se l'avversario prova ch'egli è proprietario e che l'attore ha involata la cosa? Se nel processo possessorio non si tratta del possesso considerato come un rapporto giuridico indipendente, ma soltanto della sua forza probatoria per poter ammettere un diritto affatto diverso da esso, perchè non si dà di piglio a quest'ultimo e non si ammette la prova e controprova, vale a dire perchè non si converte il possessorio in un petitorio?

La idea di Röder può forse bastare a spiegare, come nel processo di vindicazione il possessore sia esente dalla prova — quantunque questa esenzione del convenuto dal peso probatorio non abbia, come è noto, nulla di comune col possessore, come tale, sendochè essa si avveri in ogni petizione, — ma in nessun modo quella idea può spiegare la specialità dell'istituto possessorio, vale a dire l'esclusione della questione di diritto nel processo intorno al possesso. Questo è però il criterio misuratore di ogni teoria sul possesso.

Noi siamo partiti qui dalla supposizione, che il suddetto scienziato abbia posto a base della sua teoria il concetto scientifico usuale del

possesso, vale a dire il romano; chi in un trattato di filosofia del diritto vuol enunciarne un altro, ed io non contrasto ad alcuno tale facoltà, deve però indicare il motivo, per cui esso devia dal concetto romano, e il modo, con cui intende distinguere l'uno dall'altro, ciocchè non fu fatto da Röder.

Delle tre opinioni, che pongono in connessione la protezione del possesso colla proprietà, una (la più vecchia) la asside:

3. *Sulla probabilità della proprietà.*

Questa opinione era per lo addietro assai diffusa (1) e anche Savigny le ha accordata una certa autorità, nella terza, quarta e quinta edizione della sua opera (2), mentre egli la respinge nella sesta. Nella settima, sortita alla luce dopo la sua morte, si trova una sua aggiunta (pag. 57) secondo la quale la presunzione « non è in sè affatto rigettabile, quantochè di fatto la maggior parte dei possessori sieno veri aventi diritto, ma sibbene in contemplazione dello sviluppo speciale che ha avuto la teoria romana del possesso. »

Le mende di questa opinione non vanno cercate dove Savigny le trova, vale a dire nella circostanza, che il diritto romano non conosce una siffatta presunzione; — qui non si tratta di un positivo precetto giuridico, ma di una questione legislativa, che non è stata ulteriormente svolta nel diritto romano, e pella quale noi possiamo usare ogni espressione, sebbene estranea ai romani, purchè colpisca esattamente la cosa. — Le mende surriferite risiedono in ciò, che il preteso motivo (della protezione) abbisogna anch'esso di motivazione. E, nel vero, supposto che il legislatore dica: Io voglio presumere,

(1) Come uno degli ultimi propugnatori della stessa viene da Savigny designato Hufeland. Loc. cit. pag. 43, nel quale essa non si trova però chiaramente accentuata. Vedi anche Randa. Loc. cit. Nota 7.

(2) § 2. « Se si domanda perchè sia stata introdotta questa specie di protezione, vale a dire perchè l'espulso debba riacquistare il possesso perduto (che è forse affatto ingiusto), si può dire certamente che questa protezione è riposta nella generale presunzione, che il possessore può essere anche proprietario. In questa direzione si può adunque risguardare il possesso come un'ombra della proprietà, come una proprietà presunta, ma ciò si riferisce soltanto alla motivazione dell'istituto giuridico, ma non al motivo giuridico di qualsiasi possesso concreto. »

che il possessore sia proprietario, ognuno gli chiederà: Perchè enunci tu questa presunzione? Sussiste la regola, che ogni diritto deve essere dimostrato; per qual motivo si deve eccezionalmente decampare dalla stessa rispetto alla proprietà? A questo effetto non basta il fatto statistico, che nella maggior parte dei casi il possessore è anche proprietario, nella stessa guisa che la statistica delle tabelle mortuarie non può dar fondamento alla presunzione, che una certa persona sia morta in una certa età, o sia tuttora in vita. D'altronde, per ragion di coerenza, questa presunzione dovrebbe condurre al risultato di accordare al precedente possessore, in base al semplice possesso, una actio in rem contro terze persone (azione a proteggimento dell'anteriore possesso). Difatto, ritenuta la fondatezza della presunzione, non si sa vedere perchè la si debba circoscrivere a un solo caso? Dicasi altrettanto della presunzione, in precedenza rejetta, della legalità o buona fede personale del possessore. Il vero elemento di quella opinione consiste nel sentimento, che nel possesso si tratta di una prova speciale, e più facile, della proprietà — addomandiamo pure il possesso, in questo senso, proprietà presunta, provvisoria, o, con Savigny, ombra della proprietà — ma colla constatazione di questo fatto non è dato ancora il suo fondamento, non è accertato il bisogno, la necessità di tale facilitazione. Noi cercheremo in seguito di eruirlo.

Lo screzio della superiore opinione, secondo il quale nel possesso viene protetta la proprietà possibile (1), se si pretende con ciò d'indicare il motivo legislativo della protezione, peggiora la posizione, lungi dal migliorarla. Il salto dalla semplice possibilità della proprietà alla protezione del possesso, è ancora più arrischiato di quello che prende le mosse dalla probabilità. Perchè deve essere protetto soltanto ciò che è possibile, e dove si avvera d'altronde *tale* protezione rispetto ad altri rapporti?

La seconda opinione, che desume dalla proprietà la protezione del possesso, è:

(1) Essa non si presenta in alcun sito come opinione svolta scientificamente, ma riposa sopra espressioni occasionali, flessioni linguistiche, che io non ho raccolte. Qui non va discussa la « soggettiva possibilità di diritto » di Puchta (Prelezioni al § 122), la quale non fa che altrimenti esprimere la sua opinione, che prenderemo in seguito in disamina.

4. *Quella di Gans* (1): *nel possesso viene protetta la proprietà incipiente.*

Uno degli effetti del possesso consiste notoriamente nella usucapione, ed è pienamente esatto, che mediante l'azione Pubbliciana, nel possesso qualificato pella usucapione, viene protetta la proprietà incipiente. Se non che, come è stato spesso notato (2), ciò avviene soltanto nel possesso qualificato pella usucapione. Il possesso del malæ fidei possessor, se anche continuato per lungo tempo, non mette capo alla proprietà. Epperò dal superiore punto di vista non si può dar fondamento a questa protezione, che è appunto la protezione del possesso come tale.

E qui dovrei innestare la mia opinione, ma mi riservo di esporla in chiusa, perchè stimo prima opportuno di applicare la mia disamina alle teorie assolute.

4. LE TEORIE ASSOLUTE.

1. *La teoria volitiva.*

Allato della opinione di Gans, testè comunicata, si trova, nello stesso scrittore, un' altra soluzione del nostro quisito. La detenzione della cosa, dice egli, considerata come un atto di volontà del soggetto, o può trovarsi in armonia colla « volontà universale » vale a dire colla legge, — e in questo caso essa è proprietà, — oppure essere assisa soltanto « sulla volontà singolare » — e in questo caso essa è possesso, — il motivo poi pel quale viene riconosciuta e protetta la volontà, persino in questa direzione, risiede in ciò, che la volontà « già in sè, e per sè è un elemento sostanziale, che deve

(1) Sistema del diritto civile romano. Berlino, 1827, pag. 211, 212. Sul fondamento del possesso. Una duplica. Berlino, 1839. Vedi in seguito un altro concetto di questo autore.

(2) Rudorff, nel giornale pella giurisprudenza storica, VII, pag. 98, 99, Savigny, loc. cit., pag. 61.

essere protetto; la volontà singolare della persona, quando si applica alle cose, è un diritto, e come tale deve essere trattato ». Puchta (1) accolse l'idea di Gans, e la convertì nella sua nota opinione, che il possesso è un diritto sulla propria persona. Secondo questo autore, la volontà di uno, che è capace giuridicamente, prima ancora che sia dimostrato, che tale volontà è giusta, esige, sino a un certo grado (?) una ricognizione giuridica, appunto perchè è la volontà di uno che è capace giuridicamente, e quindi giusta in linea di possibilità. Nel possesso viene adunque protetta la possibilità dei diritti, vale a dire la capacità giuridica; il diritto di possesso non è che una specie particolare del diritto della personalità, applicato alla naturale sottomissione delle cose. »

Mentre Gans, al pari di Puchta, tocca la questione relativa al fondamento accordato al possesso soltanto in occasione della questione attinente alla sua natura giuridica, Bruns (2) le dedica una disamina indipendente, nella quale però, sin dalle prime, formula troppo strettamente il quesito, nell'atto che lo limita alla protezione contro « la violenza, turbativa violenta e sottrazione. » Non è malagevole, com'egli opina, di addurre riguardi empirici di opportunità a fondamento di una simile protezione, ma con ciò « si guadagna ben poco in una questione, nella quale la scienza esige decisamente una necessità giuridica interna, desunta dalla natura del possesso ». Dei due fattori del possesso, vale a dire il rapporto fisico di potestà e la volontà, il primo, come semplice stato di fatto, non racchiude in sè neppure un minimo fondamento di protezione giuridica, sibbene il secondo. « La volontà che si realizza nel possesso, sebbene non costituisca alcun diritto, ma sussista soltanto in via di fatto, forse in aperta contraddizione con ogni diritto, deve, ciò non pertanto, essere protetta in contemplazione della sua natura generale. — La volontà

(1) Nella sua monografia: A qual classe di diritti appartiene il possesso? comparsa dapprima nel Museo renano, III, n.° 17, e poi assunta nei suoi scritti misti al n.° 14 (pag. 253 e seg.). Vedi anche la monografia pubblicata quivi per la prima volta al n° 18: Sull'esistenza del diritto di possesso. Malgrado la violenta critica aperta contro Gans nella prima dissertazione, Puchta ammette nella seconda, pag. 265, nota (*a*), che « Gans si è espresso in modo congenere. »

(2) *Diritto del possesso nel Medio Evo, e nelle epoche attuali.* Tübingen, 1848, § 58.

è in sè, posta attenzione alla sua essenza, assolutamente libera, e appunto il riconoscimento e l'attuazione di questa libertà, costituiscono il sistema giuridico. Coazione e violenza, adoperate contro la volontà, sono adunque, in generale, già per sè, senza riguardo alla sua speciale legalità, una ingiustizia, contro la quale essa deve essere protetta. Soltanto se la volontà si mette in immediata, diretta opposizione colla volontà generale o col diritto (resistenza contro l'autorità dello stato, o violenza contro un altro) essa apparisce come una volontà ingiusta, contro la quale sono permesse coazione e violenza. — Il possesso non è adunque un diritto come la proprietà, l'obligazione e toccavia, ma un fatto, che viene protetto contro la violenza, nella considerazione, che esso riflette l'essenza di fatto della volontà, e in contemplazione della natura generale di questa. Nella protezione del possesso viene adunque riconosciuta pienamente, in linea giuridica, la personalità e libertà degli uomini. »

Parecchi hanno aderito a questo concetto (1); esso deve avere quindi una qualche attrattiva, ma ciò non pertanto io lo ritengo insostenibile. Esso, in ultima analisi, si confonde con quello di Savigny (2) sebbene diverga dallo stesso nel punto, che motiva il divieto della violenza argomentando dall'interno all'esterno, vale a dire dalla volontà concreta che s'incorpora nel possesso, mentre Savigny lo accolla esternamente al possesso come un postulato dell'ordine giuridico, cioechè fu osservato con ragione dello stesso Savigny (pag. 62) in confronto di Puchta. « Anch'io, dice egli, spiego ogni protezione, movendo dalla inviolabilità della persona, e dal nesso in cui essa è entrata con una cosa, la mercè della sua naturale sottomissione. »

È persino dubbio per me, se questo spostamento, per cui l'ingiustizia della violenza viene trapiantata dalla sfera dell'ordine giuridico in quella della volontà soggettiva, non collimi più presto a peggiorare che a migliorare l'opinione di Savigny. Ad ogni modo io arrivo a concepire assai più facilmente il divieto della violenza dal punto di vista dell'ordine giuridico oggettivo, che non da quello della volontà soggettiva.

(1) Particolarmente Randa loc. cit. e anche Rudorff nella ultima edizione del possesso di Savigny, pag. 581. Windscheid, Pandette, § 148. Nota 6.

(2) Come ammette anche Windscheid, loc. cit.

Una controversia può aspirare ad essere risolta, se in antecedenza si è d'accordo sul punto di aspetto, che s' intende di adottare. Questa osservazione è poi della più alta importanza nella questione proposta, appunto pella incertezza e instabilità del punto di vista. Ora si ha dinanzi agli occhi il diritto romano, ora un qualunque diritto ideale, che viene acconciato alla meglio. Stimo quindi opportuno di dichiarare, che tutta la seguente discussione è fondata sul diritto romano. Se mi riesce, come mi lusingo, di fornire la prova, che la teoria dei miei avversari non si può in alcuna guisa conciliare col diritto romano, nè colla speciale sua dottrina sul possesso, nè colle altre sue dottrine, e cogli altri suoi principi, quella teoria potrà avere bensì un valore filosofico-giuridico, o legislativo-politico, ommetto di ventilare questo quesito, sebbene io inclini pella negativa, ma non potrà certamente aspirare a un valore storico, a una autorità dogmatica rispetto al diritto romano, e di ciò si tratta appunto nella soggetta disamina.

Io sono pienamente d'accordo coi miei avversari, che la volontà è la vis agens di tutto il diritto privato. Ma la volontà trova nella legge la sua misura e la sua delimitazione. Essa diviene una potenza giuridica soltanto se si mantiene nei limiti assegnatile dalla legge. Non è vero, che anche oltre gli stessi, senza l'appoggio del diritto, anzi in aperta opposizione col medesimo, essa possa pretendere efficienza; il diritto, per accordargliela, dovrebbe entrare in collisione con sè medesimo. Per me è senz'altro un'enimma, come il còmpito del diritto « di garantire, per quanto è possibile, l'operosità e la realizzazione della volontà individuale » possa importare la conseguenza: « che la volontà messa in azione debba essere giuridicamente protetta contro ogni coazione, che le viene esercitata, anche quando non sta sul terreno del diritto, ma soltanto su quello del fatto. » (Randa, pag. 86) (1). Devesi distinguere la personalità

(1) Ciò mi riesce tanto più incomprensibile, quantochè l'autore ha mostrato tanta acutezza d'ingegno nel resto, ed ha messa in rilievo la fragilità della deduzione di Savigny, pella quale la sottrazione violenta del possesso è ingiusta in sè. Vedi sopra Nota 5, p. 7. Il preteso diritto della volontà di essere protetta contro ogni violenza, anche in caso di ingiustizia, sostenuto da Randa, non è che una ripetizione, altrimenti espressa, del pensiero di Savigny circa al divieto della privata difesa, la presentazione del precetto giuridico oggettivo nella forma del diritto soggettivo.

e il rapporto costituito in modo ingiusto. La prima, in onta alla commessa ingiustizia, resta ciò che è, e nulla perde della sua protezione giuridica; non ne viene però, che la personalità, al pari di un santo miracoloso, possa nobilitare, sanare, depurare, col suo contatto, tutto ciò che è cattivo, infermo o sozzo, e coprire, coll'ampio manto della sua protezione giuridica, tutti i rapporti ingiusti, nei quali può incorporarsi la volontà. Questi rapporti possono benissimo essere sceverati dalla medesima; essi sono la sua opera, ma non la volontà stessa, si può distruggere l'opera senza colpire l'artefice (1).

« Ma il colpo che si mena contro l'opera è già per sè una ingiustizia! » Ed è appunto ciò che viene da me contraddetto.

Questa è l'idea di Savigny dell'ingiustizia formale racchiusa in ogni lesione di possesso, che però, a mio credere, non passa attraverso il vaglio del diritto romano. Lo Stato può sempre pervenire, e perviene a proibire e mantenere la violenza entro certi limiti, senza far neppure eccezioni a favore del derubato o del rapinato, se la impiegano contro il ladro o il grassatore. Se non chè il motivo che determina lo Stato non è riposto nel pensiero, che anche i ladri e i grassatori, in forza dell'assoluta libertà volitiva, abbiano una irrecusabile pretesa a essere protetti nel pacifico godimento della loro rapina, ma nel riflesso legislativo-politico, che la difesa privata è un'arma a doppio taglio, e che è assai meglio se lo Stato stesso prende in mano la spada della giustizia. Dal punto di vista del soggetto io non posso arrivare alla condanna della privata difesa, e la storia vi è pervenuta appena dopo di aver superato lo stadio della pura soggettività del diritto. Quale ingiustizia subisce il grassatore, se alla prima occasione il rapinato gli sottrae la cosa derubata? La volontà è libera, dicesi, e ogni coazione ripugna alla sua essenza. Ma non si avvera per avventura una coazione, quando l'Autorità sottrae con violenza la cosa a chi non vi ha diritto? Se non che ciò avviene in via di diritto, suona la risposta. Certamente; ciò non pertanto sussiste il fatto della coazione, la volontà non è dunque assolutamente sacra e intangibile, e la coazione non è assolutamente rigettabile, come pretendesi.

(1) Così il riguardo pel diritto della personalità impedisce al creditore di maltrattare il debitore fuggitivo, ma non però di confiscare le cose, che trova presso di lui. fr. 10, § 16 quae in fr. cred. (42.8).

L'opposizione della volontà illegale contro il diritto può e deve all'occorrenza essere piegata colla violenza, il come è una pura questione di forma; una questione la cui opportuna conformazione è bensì uno dei compiti più importanti dell'amministrazione della giustizia, ma non è ai miei occhi un diritto dei ladri e dei grassatori, come non è un diritto pegli assediati l'opportuno assedio d'una fortezza.

Ma ascoltiamo il diritto romano su questo argomento. Noi domandiamo: la privata difesa e la violenza sono senz'altro una ingiustizia inconciliabile colla libertà volitiva e colla sua realizzazione nel diritto romano?

La proposta questione va senza dubbio risolta negativamente, dal punto di vista dell'antico diritto. Il quale, lungi dal condannare e perseguitare in via di principio la difesa privata, vedeva invece nella stessa una manifestazione naturale, una necessaria conseguenza della libertà volitiva, e soltanto vegliava che non venissero violati i giusti confini e le forme (1).

Ma anche il nuovo diritto, sotto l'influenza delle antiche vedute nazionali, le accorda una estensione, che punto si attaglia alla surriferita opinione.

Il possessor justus avea, sino a Giustiniano, il diritto di espellere violentemente (soltanto non a mano armata) il possessor injustus, in caso di resistenza; parimente il locatore, e in generale l'avente possesso, poteva espellere colui che deteneva in suo nome (2), e l'assente colui che durante la sua assenza si fosse appropriato il possesso del suo fondo. Ora, come si può combinare tutto ciò colla opinione, che l'idea della inviolabilità o della assoluta libertà volitiva sia il pensiero direttivo della intera teoria del possesso? Gli è poi, affatto indifferente, che i giuristi romani, con una felice inflessione del concetto del possesso, abbiano subordinato quei casi affatto, o in parte, alla nozione della privata difesa. Il decisivo si è, che tutte quelle persone hanno di fatto la cosa nelle loro mani, e la loro volontà di mantenersi nel rapporto si manifesta chiaramente, in modo

(1) Vedi il mio *Spirito del diritto romano.* I, § 11 (edizione 2 pag. 118 167).

(2) Questa ultima conseguenza, da me sempre propugnata, è stata ora svolta distesamente da K. Ziebarth: *La esecuzione reale e la obbligazione* Halle, 1866 pag. 57 e seg.

da non consentire un dubbio, nell'atto che oppongono resistenza; esse subiscono quindi quella ingiustizia che racchiude, come pretendesi, una assoluta lesione della personalità, e contro la quale il diritto non deve lasciare alcuno indifeso, vale a dire la violenza. Ciò non pertanto essi devono subirla.

Eppertanto il diritto romano, lungi dallo applicare nella dottrina del possesso il punto di vista formale di una ingiustizia riposta senz'altro nella violenza, si lascia guidare dal punto di vista materiale del rapporto giuridico che intercede fra le persone. Lo stesso atto di violenza, spiegato da diverse persone, o contro diverse persone, è sottoposto a un' apprezzazione affatto diversa, secondo il reciproco loro rapporto.

Ciò che qui viene osservato rispetto al possesso, vige anche pel diritto delle obbligazioni. Se il superiore punto di aspetto fosse fondato, ogni possessore di una cosa aliena, anche il ladro e il grassatore, dovrebbero avere, in dipendenza alla sottrazione, al danneggiamento, le corrispondenti azioni scatenti dal delitto, ciocchè non è.

L'actio legis Aquiliæ, la condictio furtiva, l'actio furti, l'actio vi bonorum raptorum vengono denegate alle preaccennate persone, e in generale a ogni malæ fidei possessor, e non per avventura di fronte al vero proprietario, ma di fronte a ogni terzo (1).

Appunto rispetto a queste azioni si agitò la questione in discorso fra i giuristi romani in una forma assai più acuta che rispetto agli interdetti possessorii, perchè qui si doveva decidere ex professo la questione relativa al delitto. Se è senz'altro un delitto sottrarre a un altro violentemente o clandestinamente la cosa, o danneggiarla e distruggerla, perchè difettano quelle persone degli accennati rimedi? È patente la contraddizione, nella quale incorrono gli avversari: le azioni possessorie, la cui natura delittuosa è per lo meno assai problematica, devono perseguitare come delitto un atto, che non viene considerato come tale nelle azioni, che indubbiamente hanno la preaccennata natura! Il suddetto trattamento veniva applicato anche al caso della coazione sino al decretum Divi Marci; il debitore che veniva coartato dal creditore, non avea contro costui un'azione

(1) Rispetto all'act. leg. Aq. fr. 11, § 6, 8 ad leg. Aq. (9. 2), rispetto alle altre azioni, vedi sopra.

per delitto — l'ingiustizia formale, commessa mediante lesione della libertà volitiva del debitore, non veniva punto presa in considerazione dirimpetto al diritto materiale del creditore (1).

Per tutto ciò dovrebbe risultare per lo meno con evidenza, che non è romano, ma moderno il superiore concetto, giusta il quale la posizione della volontà illegale sarebbe intangibile, e domabile soltanto in via di diritto, e la volontà, anche quando si trova in contraddizione colla legge, potrebbe per sè aspirare a protezione. Tale concetto non può adunque avere servito di regolo ai romani nella configurazione dell'istituto possessorio. A meglio convincersene prendiamola in più attenta disamina.

Se l'esterno rapporto possessorio acquista soltanto importanza nel riflesso, che la volontà s'incorpora nel medesimo, ed è lesa con esso, se adunque gl'interdetti possessorii riposano sulla lesione della volontà, è lecito domandare:

1. Come possano venir dessi accordati nel caso in cui non si riscontra alcuna lesione della volontà, e in cui si tratta piuttosto unicamente della esistenza o non esistenza del possesso. Due pretendenti ereditari, che hanno l'intenzione d'immettersi nel possesso del fondo ereditario, accedono, per vie diverse, contemporaneamente al medesimo; essi bramano sapere, chi abbia acquistato prima il possesso, se uno in solidum o amendue insieme. Nessuno dubita, che essi devono ventilare questa questione mediante l'interd. uti possidetis. Oppure devono essi commettere degli atti di violenza allo scopo di constatare una lesione della volontà? Due compossessori sono discordi intorno a una riparatura che devono intraprendere, e desiderano provocare una decisione giudiziale. Secondo il fr. 12 Comm. div. (10. 3) essi la ottengono mediante l'interd. uti possidetis, senza che a questo effetto si esiga un atto di violenza. L'interd. utrubi, nel suo aspetto antigiustinianeo, accordava una pretesa possessoria persino in confronto del terzo possessore, che non avesse ricevuta la cosa dall'attore, ma da un terzo qualunque, e forse in modo pienamente legale. Il punto di vista del delitto era quindi affatto estraneo a questo interdetto, come alla reivindicatio.

2. Se viene protetta la volontà, e se il possesso si presenta sol-

(1) Fr. 12, § 2 quod. met. (4. 2).

tanto come una manifestazione della stessa, perchè si esige il requisito dèl possesso se la volontà è manifesta in altro modo? Un cacciatore insegue una fiera, e un altro gliela uccide sotto il naso, perchè non viene anche qui accordata un'azione contro il secondo, per avere frustrata la volontà del primo?

In un pubblico locale taluno mette un segno sopra un posto, e un altro glielo occupa. La volontà di tenere il posto per sè fu chiaramente manifestata dal primo, ma chi potrà pensare in questo caso a un'azione possessoria? Eppure non è decisivo che la volontà sia rivolta alla detenzione durevole o transitoria di una cosa. Se la volontà, in sè, può aspirare a protezione, essa deve essere rispettata in amendue i casi.

3. Quante cose inconcepibili nel seno stesso della teoria del possesso! Perchè non si dà possesso sopra cose incapaci, perchè non si accorda un'azione al figlio di famiglia dotato di capacità volitiva, perchè non vengono protetti i possessori in nome altrui? In tutti questi casi la volontà, come tale, non può essere revocata in forse, ed esiste come nel caso del ladro e del grassatore, e se rispetto a costoro la natura giuridica del loro rapporto colla cosa non viene punto valutata, attesa la natura della volontà, perchè si avvera il contrario nei casi surriferiti?

Sono ben meschini i motivi apparenti, coi quali si cerca di coprire o di eliminare questa aperta contraddizione. Non è sempre vero che il detentore conosca il motivo, che esclude il possesso giuridico nella sua persona. Un figlio di famiglia che, in base a notizie credibili sulla morte di suo padre, si considera quale paterfamilias ha senza dubbio l'animus possidendi.

Ciò non pertanto viene respinto il suo interdetto se l'avversario dimostra, che il padre è ancora in vita. Mi è noto un caso, in cui un mercante di legna era persuaso che gli appartenesse la piazza, che per una serie di anni aveva servito per scaricare la sua legna, mentre si venne a rilevare in seguito che una parte della stessa era locus publicus. L'Autorità lo eccitò a sbarazzarla, e sopra suo rifiuto fece sgombrare la legna. Qui era indubbia la lesione dell'animus possidendi; ciò non pertanto l'attore venne respinto in sede possessoria, in contemplazione della eccezione liquida della incapacità della cosa. L'erede, che ignora qualmente il suo ereditando abbia

preso soltanto in affitto il campo, deve ritenersi proprietario, ed ha quindi eziandio l'animus possidendi o domini. Ma esso punto gli giova se il locatore dimostra il vero stato delle cose.

Ma ammesso anche, che il detentore conosca il motivo che esclude il possesso giuridico nella sua persona, io non vedo ragione per cui questa circostanza debba influire, dal momento che si ha riguardo soltanto alla volontà, come tale. Perchè le persone, che, come l'affittuale o l'inquilino, hanno un diritto al godimento della cosa, diritto relativamente protetto e trasmissibile agli eredi, non potrebbero aspirare pella loro volontà, rivolta a questo scopo, alla stessa ricognizione e protezione, a cui può aspirare il detentore precario, esposto sempre alla rivocazione, il creditore pignoratizio anticretico, che può essere rimosso mediante l'offerta di pagamento, possibile in ogni momento, e l'usufruttuario che non può trasmettere il suo diritto agli eredi. L'eccezione ch'essi non hanno l'animo di possedere è una inane sottigliezza. D'ordinario essi non hanno nessuna idea della differenza che passa fra detenzione e possesso giuridico, la loro volontà possessoria punto si dispaja da quella delle altre persone in precedenza indicate. Da ciò ne consegue, che il motivo, per cui è negato loro il possesso, non risiede nella loro volontà, ma nella regola di diritto; a essi non manca il possesso pella mancanza della volontà, ma si nega loro la volontà pel motivo, che il diritto non accorda loro il possesso.

Bruns (pag. 494) cerca di allegare a schiarimento la circostanza, che il commodato e la pigione non accordano un diritto reale, e non accordano quindi un immediato dominio sulla cosa. Se non che io domando: ha per avventura il detentore precario un diritto reale? Egli non ha neppure il diritto relativo che possiede l'affittuale, il precario gli può essere tolto ad ogni momento. Suppongasi il caso, che il diritto romano non si fosse mai pronunciato sul rapporto possessorio di quelle due persone: — io amerei sapere, se taluno si sarebbe mai immaginato di dedurlo dalla idea della libertà e inviolabilità della volontà.

L'affittuale non ha, pel diritto romano, alcun rimedio possessorio, e questo precetto vigeva prima in Roma anche pegli affittuali degli agri vectigales sino a che essi ottennero, mediante l'editto pretorio, rimedi petitorii e possessorii.

Corrispondeva una simile innovazione alla loro volontà, subiva questa un tale cambiamento da indurre il Pretore a riconoscerli come proprietari? Difficilmente potrà credere taluno che l'affittuale di un ager vectigalis avesse una volontà diversa da quella di un altro affittuale.

Nella mia confutazione ho compreso soltanto i propugnatori principali della suesposta opinione, e non si esigerà certamente che io accenni a tutte le variazioni e fluttuazioni colle quali viene riprodotta dai nuovi scrittori (1). Soltanto con Windscheid stimo di dover fare una eccezione, in quanto che il suddetto pensiero è stato da esso presentato in un modo, che essenzialmente si dispaja dall'usuale. « Ognuno, dice egli nelle sue Pandette (I, pag. 365 (a), è eguale all'altro nello Stato, nessuno deve sollevarsi al di sopra dell'altro. Ogni volontà, che nel possesso si realizza di fatto, prescindendo dalla giustezza del suo contenuto, ha, come tale, un valore eguale a quello di ogni altra volontà singola, che volesse assoggettarsi la cosa; se un'altra volontà singola vuole realizzarsi in suo confronto, essa deve invocare la decisione superiore degli organi deputati dallo Stato. »

Ma dove risiede il motivo impellente a questa invocazione, se ogni volontà ha un valore pari a quello di un'altra? Di fatto, tanto in questo, come negli altri casi, in cui volontà e volontà, forza e forza, si disputano un prezzo, decide la prevalenza della forza. O può forse il precedente possessore far valere il riflesso, ch'egli ha già impiegata la sua forza, e che il prodotto di questa deve essere rispettato? Certamente, s'egli avea il diritto dalla sua parte all'atto dell'appropriazione, non così in caso diverso; se adunque il grassatore, a cui la cosa viene sottratta da un altro grassatore più potente, si richiama soltanto al suo possesso, vale a dire al fatto dell'impiego della sua forza, l'avversario può opporgli lo stesso argomento; il fatto sta oramai a suo favore. Se si colloca il possesso soltanto sulla volontà di fatto, e lo si svincola con ciò da ogni relazione col diritto, esso non è altro che un pre-

(1) Quanto al concetto di Lenz, *Il diritto del possesso e i suoi fondamenti*, 1860, vedi Windscheid, Pandette, § 150, annotazione 1.

(a) Nella terza edizione (1870) il passo citato nel testo si trova a pag. 401, Nota 6. (*Nota del Traduttore.*)

mio della forza, della potenza preponderante, e indarno con regole tolte al diritto, per esempio in pari conditione conditio possidentis melior est, si si affaccenda di scartare l'inevitabile conseguenza, che la forza supera la forza. Colla scorta della semplice volontà di fatto non si può assolutamente costruire il possesso. La volontà, che si mette in opposizione col diritto, non può pretendere protezione, e se ciò non pertanto il diritto ha trovato di accordargliela rispetto al possesso, se ne deve cercare il fondamento non nella volontà, ma altrove.

5. LE OPINIONI ASSOLUTE (Continuazione).

2. *La teoria di Stahl.*

A detta di Stahl (1) il possesso porta in sè stesso la sua importanza giuridica. La opinione di Stahl va adunque annoverata fra le assolute.

« Il possesso, al pari della proprietà, serve alla generale destinazione del patrimonio; al soddisfacimento degli umani bisogni mediante le cose. Gli è quindi congruo che anche al medesimo si accordi una protezione giuridica, diversa però da quella accordata alla proprietà, vale a dire non una garanzia rispetto *alla stessa cosa*, e quindi non in confronto di ognuno, ma soltanto una garanzia pello *stato di fatto*, e quindi soltanto in confronto di quello che *fa cessare* questo stato (con una sua azione *positiva*, vale a dire con un delitto). L'intenzione del possessore mira a conservare *lo stato di fatto rispetto alle cose*. L'istituto del possesso è soltanto una regolazione provvisoria o sussidiaria dello stesso rapporto vitale, la cui regolazione veramente divisata, e definitiva si è l'istituto della proprietà. Epperciò il possesso deve stare in una continua relazione colla proprietà. »

Il fondamento della protezione del possesso è riposto adunque, secondo il concetto di Stahl, nell'interesse economico, che anche la semplice detenzione di fatto ha pegli scopi del commercio. Questo interesse non può essere messo in contingenza per ciò che concerne

(1) *La filosofia del diritto*, vol. 2, sezione 1, pag. 364 e seg; 2.ª ediz.

il singolo possessore; pell'impiego economico, ch' egli intende fare, e fa della cosa, punto rileva se egli sia autorizzato o meno; se la cosa gli viene sottratta, egli soffre un danno economico. Se non che questo punto di vista del nudo interesse economico non è decisivo pel diritto. A questo interesse deve aggiungersi ancora un motivo, che accordi alla persona una pretesa alla protezione giuridica. Se manca questo momento, il diritto rifiuta la sua protezione, e l'interesse resta un semplice interesse di fatto. Se esiste il preaccennato momento, il diritto accorda la sua protezione ed eleva per tal modo il semplice interesse al rango di un diritto. Relativamente al rapporto della persona colla cosa, il diritto romano connette questa protezione al concetto della proprietà, vale a dire alla prova di quelle condizioni, che vengono additate nella teoria come modi di acquisto della proprietà.

L'intenzione, la mira del diritto si è di realizzare lo stato di fatto corrispondente allo stato giuridico della proprietà, di assicurare il possesso al proprietario. Gli è certamente concepibile, che il diritto, nell' interesse del publico ordine, proibisca ogni arbitraria turbativa dallo stato di fatto delle cose — con una misura poliziesca come, per esempio, il divieto di perturbare la quiete notturna — ma da ciò non si può inferire in alcuna guisa, che, verificandosi una turbativa del possesso per opera del proprietario, si debba dare alla controversia, destinata a decidere definitivamente il vero rapporto, una direzione rivolta al solo stato di fatto e alla regolazione soltanto provvisoria e non definitiva della vertenza, nell'atto che è vietato al proprietario di richiamarsi alla sua proprietà. All'interesse della conservazione del semplice stato di fatto sovrasta certamente quello della reintegrazione dello stato giuridico, e se corrisponde al cómpito della polizia di limitarsi meramente allo scopo più urgente, altrettanto ripugna alla missione del giudice di non dare ascolto al diritto a favore del semplice fatto.

Stahl stesso se ne è avveduto, e quindi nella eccezione liquida del proprietario contro il possessorio, ammessa, a quanto si asserisce, dalla pratica processuale tedesca, trova un progresso nello sviluppo della idea del possesso, mentre invece questa innovazione, se realmente sussistésse, ciocchè non è, involverebbe un completo abbandono del concetto romano. E di questo, e non di un concetto costruito a piacimento, si tratta appunto nel proposto quesito.

Havvi ancora un punto nella teoria romana del possesso, che non si può neppure conciliare col concetto di Stahl, vale a dire quel rapporto che è stato fatale anco ad altri tentativi di costruzione: l'antitesi fra il possesso giuridico e la semplice detenzione. Se la conservazione dello stato di fatto è il fondamento e lo scopo della protezione accordata al possesso, perchè la restringe il diritto romano al possessore giuridico? Se si riflette soltanto all'interesse economico della persona, quello dell'affittuale e dell'inquilino non è certamente inferiore a quello del ladro e del grassatore: se si riflette al preteso motivo filosofico-giuridico dell'istituto possessorio, alla destinazione del patrimonio di servire ai bisogni umani, devesi ammettere, che la cosa serve a questa sua destinazione tanto nelle mani degli uni che in quelle degli altri. Epperò precisamente i due punti caratteristici della teoria romana del possesso: l'esclusione della questione di diritto nel processo possessorio, e la distinzione fra possesso giuridico e naturale, restano per Stahl un enimma insoluto.

Eppure egli era così vicino alla retta strada! A quest'effetto bastava ch'egli svolgesse ulteriormente l'idea « della relazione continua del possesso colla proprietà » ch'egli stesso ha accentuata; essa lo avrebbe certamente condotto alla meta. Ma questa idea balena alla sua mente come un lampo, e la sorvola come un presentimento dell'esatta opinione, senza lasciare traccia di sè. In generale va notato come una specialità di questo ingegno, così riccamente dotato, che non di rado le idee si affollano e si danno la caccia nella sua mente, e che, allato di quelle, ch'egli stesso dichiara decisive, e che cerca di svolgere, si adagiano degli innesti affatto eterogenei.

6. IL POSSESSO UNA POSIZIONE DELLA PROPRIETA'.

Stato incompleto della protezione della proprietà senza la protezione del possesso.

Ora passo alla esposizione della mia opinione. Io la compendio nella proposizione: ***la protezione del possesso, quale esteriorità, quale posizione di fatto della proprietà, è un necessario completamento della***

protezione della proprietà, una facilitazione della prova a favore del proprietario, la quale però ridonda di necessità a vantaggio del possessore.

Non è nuovo il pensiero di mettere il possesso in connessione colla proprietà, come spicca pella precedente esposizione. Il possesso è « l'esercizio della proprietà, è proprietà presuntiva, possibile, incipiente », sta « in rapporto continuo colla proprietà » e lo stesso Savigny, sebbene non divida, nel resto, questa opinione, le ha accordato una certa autorità, e sembra che essa non sia rimasta estranea al suo ritrovato dell'animus domini. Se non che, a mio credere, non è punto soddisfacente il modo, con cui si è cercato sinora di motivare questa connessione, cotalchè io seguirò un diverso cammino nella seguente disamina.

Contro questo nuovo tentativo sembrerebbe militare sulle prime il modo, con cui i giuristi romani respingono ogni comunanza del possesso colla proprietà.

Nihil comune habet proprietas cum possessione, dice Ulpiano nel fr. 12, § 1 de poss. (41.2); permisceri causas possessionis et usufructus non oportet, quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent, è detto in Venulejus nel fr. 52 pr. ibid. e nel fr. 1 § 2 uti poss. (43.17). Ulpiano ripone il motivo della introduzione dell'interdictum uti possidetis in ciò: quod separata esse debet possessio a proprietate. Conviene però esaminare in quale senso sieno fatte queste espressioni. In un senso, nel quale esse punto affettano la nostra opinione, vale a dire nel senso della indipendenza pratica e dogmatica del possesso dirimpetto alla proprietà. Pella questione possessoria il diritto è indifferente, nel processo possessorio è esclusa in via di principio ogni discussione sulla questione attinente alla proprietà, e anche noi mettiamo capo a questo risultato. Però è affatto diversa la questione della relazione legislativa o filosofico-giuridica di amendue gli istituti, e di questa questione, forse mai sollevata dai giuristi romani (1), si tratta nel proposto caso.

La protezione del possesso è un postulato della protezione della

(1) Tutt'al più la difettosa espressione di Nerva riportata nel fr. 1, § 1 de poss: dominium rerum ex naturali possessione coepisse, potrebbe essere addotta contro questa asserzione.

proprietà, quella è un indispensabile completamento del sistema proprietario romano.

Nessuno è disposto meno di me di riguardare questo sistema come l'aspetto pratico, o filosoficamente giustificabile del rapporto dell'uomo colla cosa, ma è mio convincimento, che se, e dove questo sistema vige, la protezione del possesso sia indispensabile al suo completamento. Io mi posso figurare uno stato giuridico, assiso soltanto sul possesso, nel quale cioè il possessore della cosa è protetto, mediante azioni possessorie e scatenti da delitto, soltanto contro quello che immediatamente s'ingerisce nel suo rapporto, senza avere la reivindicatio contro terze persone — qui si avvererebbe, rispetto a tutte le cose, lo stesso rapporto giuridico, che si verifica dovunque rispetto a una delle più importanti categorie di cose, vale a dire al denaro. Se non che io non posso concepire praticamente uno stato giuridico basato soltanto sulla proprietà romana, con esclusione della protezione possessoria, vale a dire uno stato in cui fosse necessario fornire la prova della proprietà (1ª) per respingere un ingerimento in quel rapporto.

Si rifletta soltanto a cosa condurrebbe un simile trattamento? In ogni turbativa di possesso il proprietario dovrebbe richiamarsi alla sua proprietà e non al suo possesso, e quindi fornirne all'occorrenza la prova, persino in caso di furto o di damnum injuria datum, e la legittimazione dell'attore dovrebbe aver luogo mediante prova della proprietà anche nella condictio furtiva e nell'act. legis Aquiliae. Ciò equivarrebbe alla proscrizione di tutti quelli che non possono provare la loro proprietà.

Mi si opporrà certamente, che il diritto romano connetteva di fatto le surriferite azioni per delitto alla prova della proprietà; che la cond. furtiva era espressamente limitata al proprietario (1), che la lex Aquilia accordava l'azione pel damnum injuria datum sol-

(1ª) Arndts nel giornale pel diritto e processo civile, Nuova serie, II[1], pag. 414, opina invece: « Un sistema giuridico, che non accordasse al solo possesso, come tale, alcuna protezione giuridica, presenterebbe certamente una sensibile lacuna, ma non sarebbe impossibile il raggiungimento dello scopo proprietario in sussistenza dell'azione vindicatoria ».

(1) Fr. 1 de cond. furt. (13.1): In re furtiva soli domino condictio competit.

tanto all' « berus, » vale a dire al dominus (1). Certamente! Ma si può forse inferire da ciò, che l'attore dovesse provare la sua proprietà? Questa illazione si reputa così necessaria, che la mia domanda può fare l'effetto d'una quæstio Domitiana. Se non che io credo che la questione non solo possa essere proposta, ma non esito a risolverla decisamente in senso negativo. Gli è un errore diffuso, che l'attore abbia a provare tutte le presupposizioni positive della sua pretesa, delle quali è cenno nelle sorgenti, in modo che l'elemento positivo di fatto dell'affare debba essere sempre scortato dalla proposizione probatoriale. Soltanto si viene in suo soccorso con una presunzione rispetto alle presupposizioni negative, agli impedimenti del suo diritto, come per esempio rispetto alla questione della capacità della cosa ad essere usucapita e della bona fides nella usucapione. Se non che si assoggetti una volta alla prova quell'assioma. Il requisito del mutuo si è la proprietà delle monete (2), secondo quella opinione l'attore dovrebbe provarlo nella condictio ex mutuo. Nessuno crederà seriamente, che un giudice romano abbia mai imposto una prova così assurda. Mi si chiederà, a che serviva quel requisito, se non veniva preso in considerazione? Lo si prendeva certamente in considerazione, ma non con riguardo all'attore, sibbene in riflesso del convenuto, vale a dire come momento della controprova indiretta. Pell'attore basta la prova della consegna del denaro, mentre è cómpito del convenuto, s'egli impugna la forza obbligatoria del mutuo per difettosa trasmissione della proprietà, di esibire questa prova (3). Questa eccezione, che del resto poteva essere eliminata (4), in esito alla seguita consumazione del denaro, e alla susseguente trasmissione della proprietà, non gli era per avventura riservata per dargli una comoda occasione all'intrigo, ma in contemplazione del caso, che le monete aliene, consegnategli dall'attore, venissero evinte dal vero proprietario (5). Senza l'esigenza della trasmissione della pro-

(1) Fr. 11, § 6, ad leg. Aq. (9. 2): Legis autem Aquiliae actio hero competit i. e. domino.

(2) Fr. 2, § 4, de R. Cr. (12. 1).

(3) Arg. fr. 13, § 1, ibid. admonitus (creditor) alienos nummos fuisse.

(4) Fr. 11, § 2, fr. 13, de R. Cr. (12. 1), fr. 56 §. 2 de fidej. (46,1).

(5) Un esempio nel fr. 1, § 1 de stip. serv. (45.3)... nummi tui manebunt, vindicando ergo eam pecuniam tu consequi potes. Vedi anche fr. 15 i. f. de reb. dub. (34. 5).

prietà, anche in questo caso, il mutuo sarebbe stato senz'altro obbligatorio, e nel vecchio diritto, che, com'è noto, non ammetteva eccezioni, il convenuto avrebbe dovuto essere inevitabilmente condannato, attesa l'esistenza delle presupposizioni del mutuo. Nella esigenza della proprietà celavasi adunque, per così dire, una eccezione del vecchio diritto, consentita, in forma d'ipso jure, al convenuto in un caso affatto speciale (1).

Come in questo, così anche in altri casi, l'esigenza della proprietà avea lo stesso senso, p. es. nel legatum per vindicationem (2). Pella validità di questo legato richiedevasi, che il testatore fosse proprietario della cosa (3). Se questa esigenza avesse avuto il senso, che il legatario, il quale non aveva in mano alcun documento probatorio, dovesse fornire questa prova all'erede, il quale solo possedeva forse un simile documento, nella maggior parte dei casi il legato sarebbe rimasto privo di effetto. La proposizione mirava anche qui a riservare all'erede una fondata eccezione, vale a dire, che il testatore avea legato un oggetto, che non gli apparteneva; ma l'erede doveva non solo accampare, ma anche provare questo asserto.

Ciò avveniva anche quando la giurisprudenza romana, pella validità degli affari giuridici, stipulati da uno schiavo pel suo padrone, prescriveva, che costui ne fosse proprietario. O credesi forse che l'attore fosse obbligato a provare la proprietà nella forma ordinaria, se al convenuto saltava in capo d'impugnarla per spirito d'intrigo?

(1) Vedi nel mio *Spirito del D. R.*, III, pag. 63 e seg. una esauriente esposizione di questa forma di difesa; quivi ho anche usufruttato, pag. 73, l'esempio addotto nel testo. Un altro esempio, che non ho quivi citato, è contenuto nel principio, che l'erede, e in generale ogni onerato, risponde verso l'onorato, in-tanto, in quanto egli abbia alcunchè ricevuto (fr. 1, § 17, ad Sc. Trebell. 36.1. fr. 114, § 3, de leg. I, 30). Posta attenzione alla formulazione di questo principio: neminem oportere plus legati nomine præstare, quam ad eum ex hereditate pervenerit, l'onorato dovrebbe provare, che l'eredità basta al pagamento dei legati — la prova sarebbe adunque accollata a quello che non ha alcuna contezza dei rapporti! Se non che sotto quella formulazione si cela soltanto una eccezione, che l'erede può accampare e provare, arg. fr. 70, § 1, de leg. II (31): non est audiendus, si velit computare.

(2) Io mi sono già esternato sull'argomento nell'opera citata, II, pag. 350 e 381.

(3) Gajo II, 196.

La stessa cosa avrebbe dovuto avverarsi anche nelle azioni nossali, sendochè anche queste fossero dirette contro il dominus (1a) mentre sta pel fatto (1b) che questa prova non era richiesta, ma all'incontro si riteneva quale proprietario il semplice possessore — il proprietario di fatto nel senso che io attribuisco alla parola. Soltanto il creditore pignoratizio e il detentore precario sono eccettuati « licet enim juste possideant, non tamen opinione domini possident » com'è detto nel fr. 22, § 1 ibid., vale a dire essi non si atteggiano da proprietari. Da ciò ne consegue, che nell'esigenza del « dominus » si ha riguardo a questo atteggiamento, e non alla credenza di essere proprietario, tanto è vero, che non è eccettuato neppure il « malæ fidei possessor » (fr. 13 cit.). Così anche rispetto alle stipulazioni degli schiavi, il loro padrone è considerato senz'altra prova quale proprietario, ed era obbligo del convenuto di dimostrare l'inefficacia dell'affare mediante la prova del difetto della proprietà. Giustiniano andò tant'oltre da precludergli totalmente questa prova, nell'atto che dichiarò pien provante la indicazione contenuta nel documento di stipulazione, che lo schiavo apparteneva all'attore (2).

Queste prove, che io potrei aumentare con varie altre desunte da altre sfere giuridiche, possono offrire un puntello pella soluzione del quesito sul senso, che può aver avuto l'esigenza della proprietà nella cond. furtiva e nell'act. legis Aquiliae. Ai miei occhi essa aveva soltanto il senso, che dava adito al convenuto di sottrarsi alla petizione mediante la prova, che la cosa apparteneva non all'attore, ma a un altro (3). Nella stessa guisa che il convenuto poteva sottrarsi all'actio furti, dimostrando che l'attore aveva involata la cosa a qualcuno (4) e che quindi era sfornito d'*interesse*, così

(1a) Vedi le parole delle XII tavole nel fr. 2, § 1 de nox act. (9.4): Si servus sciente domino, ecc., e i molti passi di questo titolo, nei quali è cenno del dominus.

(1b) Fr. 28, ibid.: ipso jure noxalis actio contra eum competit.

(2) Fr. 14. Cod. de cont. stip. (8.38)... tales scripturas omnifariam esse credendas.

(3) Qui non c'interessa che in seguito nel damnum injuria datum è stata accordata anche al bonæ fidei possessor una act. in factum, vale a dire una pretesa indipendente, che non poteva snervarsi mediante quella controprova.

(4) Fr. 12, § 1 de furt. (47.2).

anche in quelle azioni, provando che la cosa non apparteneva all'attore sibbene ad un altro.

M'immagino che questa opinione, pel motivo appunto che non si trova direttamente enunciata nelle sorgenti, non troverà grazia agli occhi di quelli, che per tutte le asserzioni esigono una prova diretta (desunta dalle sorgenti), e punto mi stupirei, se uno studente in un corso pratico imponesse all'attore la prova della sua proprietà, nel caso che questa venisse impugnata per parte del convenuto in un'azione per mutuo, o nella cond. furtiva, e nell'act. legis Aquiliæ. Credo però, che un pratico non incorrerebbe in quest'errore, ma sono in quella vece convinto, che lo stesso, anche senza esservi sospinto dalla nostra teoria, applicherebbe da sè il principio stanziato nell'art. 2230 del Code Napoléon: on est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouve qu'on a commencé á posséder pour un autre (1).

Quale risultato si è poi ottenuto con questa disquisizione pel quisito della protezione del possesso? A mio credere il seguente:

Il diritto romano accorda al *proprietario* la cond. furtiva e l'actio legis Aquiliæ, ma gli facilita la prova nell'atto, che si appaga della dimostrazione della semplice esteriorità (della *posizione di fatto*) della proprietà, vale a dire del possesso: *il possessore si ritiene proprietario, a meno che non venga fornita la controprova.*

La facilitazione della prova, che viene accordata al proprietario nelle suddette azioni, si riproduce nel possesso. Nelle azioni possessorie soltanto si devia dal superiore rapporto in ciò, che nelle stesse è esclusa in via di principio la possibilità, ammessa nelle altre, di snervare la prova avversaria mediante dimostrazione della proprietà nella persona del convenuto o di un altro. *Questa esclusione della questione proprietaria, espressa in via di principio, impartisce al possesso il suo carattere speciale.* D'onde questa differenza? Nelle surriferite azioni per delitto l'agente, che ha restituita la cosa rubata al sup-

(1) Vedi anche art. 2279: en fait de meubles la possession vaut titre (*). La superiore presunzione: posséder pour soi vigeva anche nella pratica romana, vedi una testimonianza in Paul. Sent. Rec. V, fr. 1, § 2: sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneam.

(*) Vedi art. 687 (primo capoverso) e 707 del codice italiano.
(*Nota del Traduttore.*)

posto proprietario, o ha prestato indennità pella cosa danneggiata, non è per ciò esente da responsabilità di fronte al vero proprietario (1), e questa circostanza, se gli si precludesse la prova preaccennata, lo esporrebbe al pericolo di una doppia prestazione. Da un simile pericolo non è mai minacciato il convenuto nel processo possessorio.

Di conformità a questo concetto della protezione possessoria il possesso può essere designato come una *posizione della proprietà*, come una sua fortificazione avanzata. Esso non esiste per cagion propria, ma a motivo della proprietà.

Il proprietario si difende nel possesso contro i primi attacchi, che prendono di mira il suo diritto. Su questo terreno non viene impegnata una battaglia decisiva pella proprietà, ma una semplice scaramuccia, un fuoco di avamposto, nel quale, se mi è lecito usare il confronto, non si ha bisogno della grossa artiglieria, ma nel quale, basta l'artiglieria leggera. Contro i ladri e i grassatori non si adoperano i cannoni.

Ne viene, che la protezione del possesso è stata introdotta a causa della proprietà. Se non che non si può devolverla al proprietario senza farvi partecipare contemporaneamente anche il non proprietario. E, nel vero, se si limita la prova realmente necessaria della proprietà alla dimostrazione della sua semplice esteriorità, questa facilitazione ridonda a vantaggio di ognuno che è in grado di comprovare questa presupposizione nella sua persona. Per tal modo il possesso acquista, di fronte alla proprietà, una indipendenza, che gli rende possibile, anzichè servire esclusivamente alla proprietà, di volgersi contro la stessa. Lo stesso servizio, che il possesso rende al proprietario, che possiede, di proteggerlo in modo facile contro attacchi alieni, viene reso da esso anche al non proprietario, che possiede, persino contro il *proprietario* che non possiede (2).

L'esatto concetto di questo rapporto è, secondo me, il vero punctum saliens della teoria del possesso. Se lo si considera come l'a-

(1) Fr. 76, § 1, de furt. (47,2)... cum posteriore fure dominus furti agere potest, fur prior non potest ——— sed et condictionem (habet): quia ex diversis factis tenentur.

(2) Fr. 4, § 26 de usurp. (41.3). Si dominus fundi possessorem vi dejecerit,.. interdicto unde vi restituturus sit possessionem.

spetto normale del possesso, si perviene di necessità alle preindicate teorie, che cercano nel possesso stesso il suo scopo, se in vece si ravvisa con me lo scopo del possesso nella facilitazione della prova introdotta a favore del proprietario, quel rapporto apparisce soltanto come un soprappiù, che fa men lieta cornice all'acquisto. Pei propugnatori di quella opinione, questo rapporto è scopo del possesso; *per me una molesta ma inevitabile sua conseguenza*, il prezzo che deve pagare la legge per devolvere al proprietario la più facile protezione della proprietà introdotta a suo vantaggio.

Tra il possesso e le carte al portatore intercede un parallelismo che balza agli occhi.

Esse devono anche la loro introduzione allo stesso motivo, della semplificazione e facilitazione della prova, nel quale io vedo la prima base della protezione del possesso. La prova che si è creditore, viene fornita colla semplice presentazione del documento. Ma appunto con ciò viene accordato questo vantaggio anche al ladro e al grassatore, e non solo al vero creditore.

Anche qui adunque una istituzione, chiamata in vita nell'interesse del *vero* avente diritto, può essere ritorta a suo danno, nell'atto che rende possibile anche al non autorizzato di realizzare a sue spese la pretesa. Ma chi potrebbe assidere su questa circostanza l'asserzione: che le carte al portatore tendono a facilitare ai ladri e ai grassatori il facile ottenimento di quegli effetti? Ognuno vede qui la necessità di distinguere, fra le conseguenze di un istituto, divisate dal legislatore, e quelle che non sono divisate, ma non si possono stornare (1). In linea pratica questa distinzione non ha, è vero, importanza, vale a dire tutte le suddette conseguenze fruiscono della stessa protezione. Ma se il giurista si solleva alla considerazione legislativo-politica o filosofo-giuridica di un istituto, quel punto di vista gli s'impone in un modo, che, se tralascia di appli-

(1) In questa seconda edizione sviluppo ulteriormente il punto di vista appena sfiorato nella prima. Io credevo, che quel semplice accenno, in unione all'esempio convincente, addotto nel testo, avrebbe bastato a giustificarlo, e con esso anche la corrispondente considerazione legislativo-politica dei relativi istituti di diritto. Se non che l'esperienza mi ha reso edotto del mio errore, e persuaso che non è punto superfluo sviluppare più distesamente una verità, che, a mio credere, è di una evidenza palpabile.

carlo, corre rischio di commettere i più grossolani errori, e di affibbiare al legislatore gli scopi più assurdi. Sino a che sussiste la proposizione, che le istituzioni umane, allato dei vantaggi che si propongono, ingenerano spesso anche delle sconvenienze e dei pregiudizi, che devono assumersi come soprammercato se si vuol approfittare dei benefici; sino a che sussiste questa proposizione, anche lo storico e il giurista, chiamati a giudicare sul senso di una istituzione, dovranno lasciarsi guidare, nelle loro considerazioni, dallo stesso punto di vista, che è stato enunciato da Cicerone nell'apprezzazione del Tribunato romano. Fateor in ipsa ista potestate, dic'egli nel suo scritto de legib. III, c. 10, inesse quiddam mali, sed bonum, quod est quæsitum in ea, sine isto malo non haberemus.

Il valor pratico di una istituzione non può essere determinato col regolo dei vantaggi, che le vengono seguaci, ma con riguardo al bilancio fra questi e gli svantaggi, che essa comporta, e devesi ponderare, se gli uni o gli altri prevalgano, e questo punto di vista deve essere decisivo non solo pel legislatore, ma anche pello storico e pel giurista filosofo.

Se adunque quest'ultimo, di conformità al preaccennato punto di vista, rileva i vantaggi come conseguenze designate dello istituto, mentre indica i pregiudizi come conseguenze non divisate, ma inevitabili dello stesso, nessun conoscitore gli contrasterà questo diritto, o lo connetterà alla esigenza, ch'egli puntelli questa distinzione con espresse testimonianze del legislatore. Sarebbe ben povero il concetto legislativo-politico della maggior parte degli istituti giuridici, se fosse condizionato da siffatte testimonianze esterne! Nessuna nuova legge contiene, per es., additamenti sul rapporto dei due lati surriferiti dello istituto delle carte al portatore. Questi punti devono essere eruiti e determinati dalla scienza, vale a dire da una intelligente contemplazione e valutazione dei rapporti della vita e degli scopi commerciali. Se la stessa, in un caso singolo, abbia colto nel segno, è questione che può essere ventilata da ognuno, ma non le si può disputare il diritto a intraprendere quella distinzione, senza astringerla a giurare nelle parole del codice. Si chiami pure arbitrario il procedimento da me adottato rispetto al possesso, pel motivo, che io non allego alcuna testimonianza legale a sostegno del mio assunto, libero ai miei avversari di trincierarsi nella comoda posizione: essere

il possesso del ladro protetto nel nostro diritto positivo, come quello dell'uomo onesto, e poter quindi la teoria dominante assidere la sua dottrina sul possesso del primo, vale a dire sul concetto astratto della volontà (il quale in realtà non è altro che il diritto dei ladri e dei grassatori), colla stessa ragione, con cui io fondo la mia sul possesso del secondo. Sta bene, ma badino allora i miei avversari a difendersi contro il seguente saggio, fabbricato secondo la loro ricetta.

La sentenza giudiziale ha vigore, anche se il diritto è stato convertito in ingiustizia, e la ingiustizia in diritto. Ebbene, io dico, lo scopo della sentenza giudiziale consiste nel convertire l'ingiustizia in diritto e il diritto in ingiustizia, e colla stessa ragione, con cui si crede di trovare nella protezione del ladro e del grassatore il trionfo della idea della volontà astratta, si può ravvisare in questa efficenza del giudicato il trionfo della onnipotenza dell'autorità giudiziaria, la sovranità della legge che schiaccia ogni opposizione.

E perchè non si dovrebbe parlare anche di un diritto del giudice di far appiccare un innocente, e scegliere precisamente questo caso a punto di partenza dello studio delle funzioni giudiziarie? Ma proseguiamo nel nostro florilegio. Lo scopo del Tribunato romano consisteva nel mettere scompiglio nello Stato, perchè il veto dei Tribuni *poteva* produrre questa conseguenza; si può quindi asseverare, che questa era l'intenzione del legislatore, questo lo scopo dello istituto. Scopo del diritto di grazia si è di sottrarre i delinquenti alla pena meritata. Uno degli scopi della legge cambiaria tedesca consiste nel favorire falsificazioni e sottrazioni di cambiali, sendochè pell'articolo 13: « ogni possessore di una cambiale sia autorizzato ad empire i giri in bianco indossati sulla medesima, » e pell'art. 18: « il semplice possesso della cambiale abiliti alla sua presentazione » e pell'art. 36: » il pagatore non sia obbligato ad esaminare la genuità degli indossamenti. » Da ciò si scorge, come la legge cambiaria tedesca abbia fatto arditi progressi sulla via battuta dal diritto romano colla protezione accordata al possesso dei ladri e dei grassatori, e se si riflette per soprassello alla superiore facilitazione, che l'istituto delle carte al portatore concede a simili individui, si sarebbe quasi tentati a credere, che il nostro diritto miri in prima linea a rendere più che sia possibile amena e dilettevole ai ladri e ai grassatori la loro mortale carriera.

Eppure l'asserzione, che quelle disposizioni del nostro moderno diritto sieno prese nell'interesse di persone non autorizzate, non è punto peggiore ai miei occhi della opinione dominante intorno al fondamento della protezione accordata al possesso. Amendue sollevano a scopo la sconvenienza dell'istituto, che la legge non poteva scartare, se voleva raggiungere l'effetto divisato. Sì nell'uno che nell'altro caso l'interesse probatoriale, l'intenzione di facilitare la prova, che a rigore dovrebbe essere esibita, procura, anche alle persone non autorizzate, la facilità di una sufficiente legittimazione; sì nell'uno che nell'altro caso la legge stessa non si è pronunciata sul motivo e sullo scopo delle sue disposizioni, ma sì nell'uno che nell'altro caso basterebbe una spregiudicata, intelligente apprezzazione del rapporto, a illuminarci sul fine e sulla inevitabile conseguenza della istituzione.

Se non che questa spregiudicata apprezzazione, che rispetto al primo rapporto coglie incontanente e spontaneamente nel segno, è ben lontana dal prendere radice anche rispetto al possesso. Ognuno di noi è cresciuto colla idea malsana, che il concetto del possesso raggiunga il suo vero punto culminante nel ladro e nel grassatore, e in tutta la nostra scienza poche percezioni sono passate, come questa, nelle nostre midolle, ed hanno ottenuto, come questa, l'apparenza della verità, la mercè delle arti della sofistica e della falsa filosofia. Io punto mi dissimulo, che questa percezione, così profondamente radicata, non può essere scalzata colle superiori osservazioni: colla necessità di distinguere fra effettti divisati e non divisati di un istituto, e col parallelo desunto dal nostro diritto moderno circa alla sconvenienza, che la facilitazione, introdotta in linea probatoriale nell'interesse degli aventi diritti, produce a favore delle persone non autorizzate, nell'atto che influisce sulla loro legittimazione. Ai miei avversari resta sempre la scappatoja, di ammettere quella distinzione in principio, e nei cennati casi del diritto moderno, impugnandone però l'applicazione al possesso. Ebbene, io accetto questa eccezione, perchè credo di poterle chiudere anche questa scappatoja, non per avventura con motivi generali, che qui poco gioverebbero, ma colla testimonianza positiva del diritto romano. — A quest'ultimo la decisione!

È noto qualmente i giuristi romani quasi mai si pronuncino sullo scopo di un istituto, e indarno si cercherebbe una simile manifesta-

zione rispetto alla nostra questione. All'incontro le sorgenti presentano due argomenti, per provare in via indiretta l'esattezza del mio asserto. Devo riservare uno di questi argomenti (il rapporto dell'interd. retinendæ possessionis colla proprietà) a una posteriore esposizione (VII) mentre stimo opportuno di svolgere qui il secondo. Fu già prima osservato (1), che il diritto romano rifiuta al ladro, al grassatore, e in generale al malæ fidei possessor le azioni personali in dipendenza al clandestino o violento asporto, o al danneggiamento delle cose altrui da essi possedute. Ciò non pertanto, il diritto accorda loro la pretesa alla protezione del possesso. Se la virtù misteriosa della volontà, ripiegata in sè stessa, che si realizza nel possesso, ed estrinseca nel medesimo il suo diritto originario, è in grado di elevare il possesso del ladro a un rapporto capace di protezione, perchè non viene desso protetto mediante azioni per delitto, nella stessa guisa che viene protetto mediante azioni possessorie? Se il ladro dice: l'avversario mi ha sottratto il possesso, gli si accorda protezione; se invece dice: egli mi ha rubato la cosa, gli si nega protezione! Sono curioso se un propugnatore delle teorie possessorie, sin qui in voga, potrà darmi su questo punto una soddisfacente risposta. Io, invece, non mi perito punto di darla: *la protezione del possesso è stata introdotta in contemplazione delle persone oneste*, al pari della facilitazione del processo di legittimazione, attuata nelle carte al portatore, *ma di necessità vi partecipano le persone disoneste.* Per escluderle, converrebbe intraprendere appunto quella investigazione, che si vuol eliminare nell'interesse della abbreviatura del procedimento, vale a dire se il possessore abbia o meno un diritto. Mescolando nella controversia la questione di diritto, si priverebbe il proprietario della facilitazione della legittimazione, che la protezione del possesso mira ad accordargli; il possessorium si convertirebbe in un petitorium. È meglio però che *eccezionalmente* un indegno sia reso partecipe di un beneficio legale, di quello che esso venga precluso per eccepirlo anche a chi n'è meritevole.

Io dico *eccezionalmente*, e qui corremi obbligo di soggiungere alcune parole. Nella teoria del possesso, il possessore legittimo e l'illegittimo sono, è vero, pienamente equiparati. Essa non enuncia

(1) Pag. 15.

nè per l'uno nè per l'altro regola od eccezione. Nella vita la questione assume ben altro aspetto. Si confrontino i casi nei quali si verifica il normale rapporto della proprietà, vale a dire nei quali il possesso si trova nelle mani del proprietario, o di quello che lo ha da esso ricevuto, coi casi, in cui il possesso si trova presso una persona non autorizzata, e non si vorrà dubitare, che i secondi, dirimpetto ai primi, costituiscono una rilevante eccezione. Non va poi dimenticato, che la maggior parte di questi casi eccezionali, vale a dire quelli che si riferiscono a cose mobili, scompariscono dalla statistica dei processi possessorii, pel motivo, che rispetto agli stessi le azioni per delitto si sostituiscono alle azioni possessorie. In complesso restano adunque soltanto le cose immobili (1). Se si domanda ora, quante di queste si trovano nelle mani di una persona non autorizzata, anzichè nelle mani dello avente diritto, credo di non andar errato nell'asserire, che la proporzione non sia di uno per cento, forse neppure di 1/10 per cento. Se ciò è esatto, io dico anche l'esito corrisponde al concetto svolto superiormente, pel quale la protezione del possesso ridonda a vantaggio del proprietario; di regola il vero proprietario trae profitto da questo istituto. Epperò in questa direzione è pienamente giusta l' opinione, che designa il possesso come proprietà presuntiva (ferma la precedente limitazione: in quanto il possesso è rilevante pelle azioni possessorie) — sendochè la maggior parte dei fondi si trovi nelle mani dei veri proprietari; il difetto di questa opinione sta in ciò, che essa, invece di addurre a sostegno questo momento statistico, vede nello stesso il vero fondamento della protezione.

Passo ora a riepilogare il risultato delle mie deduzioni in modo da facilitare il cómpito ad ognuno che volesse esaminare o confutare la mia opinione, vale a dire in forma di tesi. Io enuncio le seguenti tesi:

1.° Non corrisponde nè alla idea giuridica, nè al diritto romano, che ladri e grassatori possano aspirare ad essere protetti nel godi-

(1) La Glossa era persino di opinione, che soltanto le cose immobili potessero essere possedute, Savigny, loc. cit., pag. 105, e a dar fondamento a questa opinione può avere contribuito l'uso linguistico dei Romani, di adoperare cioè la parola possessiones nel senso di realità, e, come ritiene Savigny, pag. 99, anche l'etimologia di *possidere*.

mento pacifico del bene illegittimo. Lo Stato può avere ogni motivo d'impedire violenze, ma da ciò non si può dedurre in alcuna guisa una pretesa giuridica di quelle persone contro coloro che hanno violato tale divieto. La contravvenzione potrebbe essere punita semplicemente in sede poliziesca o criminale (1). Da una contravvenzione dei regolamenti sul fuoco e sui lumi il vicino minacciato non acquista una azione.

2.° Se ciò non pertanto quelle persone partecipano della protezione possessoria, il motivo non risiede in esse, ma nell'esigenza di una congrua configurazione dell'istituto della proprietà.

3.° La proprietà limitata a sè stessa, vale a dire assisa sulla sua rigorosa dimostrazione, sarebbe il più incompleto, il più incerto istituto del mondo. Secondo la diversità dei rapporti, occorre, ed esiste, una gradazione nella cerchia della prova della proprietà:

1. Prova di un modo remoto di acquisto della proprietà:
   a) delle presupposizioni esterne ed interne, reivindicatio, negatoria;
   b) soltanto delle esterne: Publiciana actio.
2. Prova della sussistenza presente della proprietà, vale a dire del possesso, e precisamente: o
   a) colla riserva della controprova di una proprietà aliena, come eccezione della mancanza dell'interesse: cond. furtiva e act. leg. Aquiliæ; o
   b) senza questa riserva: azioni possessorie.

4) La facilitazione della prova nella protezione accordata al possesso ha in mira il vantaggio del proprietario.

5) Di regola egli solo ne trae profitto.

6) Lo scopo di questa facilitazione sarebbe reso irrito, se si comprendesse nella controversia la questione, se l'attore sia proprietario o meno.

7) Una inevitabile conseguenza di questa esclusione consiste in ciò, che anche il possessore illegittimo partecipa della protezione.

8) L'esatta espressione per la pratica importanza del possesso si è, pelle suesposte ragioni, quella che lo designa come una posizione

(1) Un esempio si trova nel fr., Cod. per vim. (8. 5) che rimette il giudice a tutelare d'ufficio il possesso di persone assenti (judices absentium, qui cujuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in jure persona).

della proprietà. — Il possesso è una fortificazione avanzata della proprietà, dalla quale il proprietario si difende sino a che è in suo potere.

A queste tesi, che riproducono soltanto la contenenza delle superiori deduzioni, si connettono le seguenti, quali conseguenze del concetto fondamentale racchiuso nelle prime (1).

9) Il possesso è un oggetto fornito di valore patrimoniale. Lo stesso interesse che ha l'assediante d'impadronirsi della fortificazione avanzata e l'assediato di difenderla, ha il non proprietario nell'acquisto e il proprietario nella conservazione del possesso. Nel possesso è spesso già decisa la sorte della proprietà — come nel possesso del documento quella della carta al portatore; chi perde il possesso perde, nella maggior parte dei casi, praticamente anche la proprietà, e viceversa; vale a dire perde o acquista ciò che la proprietà deve procurargli: la sicurezza del godimento.

Appunto per questo motivo il possesso ha un valore nel diritto patrimoniale, tanto pel proprietario, che pel non proprietario (2).

Questo lato economico del possesso, che la mia opinione mette in evidenza, non viene posto in risalto in quelle teorie, che fondano il possesso sulla persona e sulla volontà o sul divieto della violenza. E, nel vero, come può il possesso ottenere la qualità di un rapporto di diritto patrimoniale, un valore, subitochè, secondo una di quelle opinioni, esso non ha altro interesse che quello di essere la abitazione, nella quale la volontà pianta la sua residenza; la suscettività della volontà, colpita nel suo diritto originario di determinare liberamente sè stessa, non ha un regolo equivalente nel valore della cosa — e subitochè, secondo l'altra opinione, esso non ha altra

(1) Aggiunte appena nella seconda edizione.

(2) Fr. 21, § 2 quod met. (4. 2). Qui possessionem non sui fundi tradidit (per esempio il creditore ipotecario) non quanti fundus, sed quanti possessio est, eius quadruplum vel simplum cum fructibus consequitur; æstimatur enim quod restitui oportet id est quod abest, abest autem nuda possessio cum suis fructibus. l. 3, § 11. Uti poss. (43. 17). . . « quanti res est » sic accipimus, quanti unius cujusque interest possessionem retinere. Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem æstimandam quanti ipsa res est, sed hoc nequaquam opinandum est, longe enim aliud est rei pretium aliud possessionis. Nel fr. 74 de furt. (47. 2) al b). f). p). a cui la cosa è stata rubata, e al vero proprietario, viene accordata contro il ladro l'actio furti: emtori ejus *possessionis*, domoni ipsius *proprietatis* causa præstanda est.

importanza che quella di fornire la decorazione, che è necessaria, affinchè possa andare in scena una specie determinata di turbativa del pubblico ordine?

10) Se il possesso è un oggetto di valore patrimoniale gli si attaglia anche il pensiero della appartenenza giuridica:

tertius possessionem *suam* contendat, fr. 3, § 12 ad exh. (10. 4);

e quindi la sua perdita involve un danno patrimoniale,

ne languor animi damnum etiam in bonis afferrat, fr. 4, § 6, de usuc. (41. 3).

11) Una ulteriore conseguenza si è la possibilità di una mera controversia de possessione, vale a dire di una vertenza possessoria che ha per oggetto soltanto la questione, quale di due pretendenti sia il vero possessore, senza che sia stata in precedenza da una parte o dall'altra consumata una turbativa di possesso. Dimostreremo in seguito, che il diritto romano ammette difatti una simile azione pregiudiziale o vindicazione del possesso, o come si voglia altrimenti chiamarla.

12) Anche gli interdetti adipiscendæ possessionis, che Savigny in tutte le edizioni della sua opera, perdurando in un ostinato errore, vuole escludere affatto dalla sfera del possesso, vengono per tal maniera spiegati in modo soddisfacente. Se il possesso, come tale, ha un valore giuridico, il diritto può anche statuire una pretesa alla concessione del possesso. La circostanza, che le presupposizioni, alle quali la legge alliga questa pretesa, sono riposte fuori del possesso, ha sedotto Savigny a collocare nella stessa linea questi rimedi di diritto colle azioni petitorie rivolte alla consegna del possesso. Il possesso, dice egli, tanto in queste, che in quelli, non è fondamento, ma soltanto scopo, oggetto dell'azione; la hered. petitio e l'interd. quorum bonorum avrebbero l'eguale struttura: il possesso è lo scopo, il diritto ereditario (civile o pretorio) il fondamento. È giusto! Ma l'enorme differenza fra l'una e l'altro si è, che l'azione petitoria regola definitivamente il rapporto, mentre l'interd. adipsc. poss. lo regola soltanto provvisoriamente, perchè concerne soltanto il possesso, e quindi lascia ancora aperto il Petitorium, come avviene appunto nelle altre due specie d'interdetti possessorii. Se l'attore viene licenziato colla her. pet. egli non può proporla una seconda volta, ma se viene licenziato, oppure se riesce coll'interd. quorum bon., quod

legatorum, col rimedium ex lege ult. Cod. de edicto Divi Hadriani toll., nel primo caso gli resta sempre la possibilità di riprendere in sede petitoria la controversia, perduta in stadio possessorio, e di guadagnare il processo: possibilità, che nel secondo caso si verifica pella controparte (1). Eppertanto dietro ogni interd. adipiscendæ possessionis si nasconde anche un rimedio petitorio; dietro gl'interdetti prenominati, la hered. pet. e la reivindicatio Dicasi altrettanto dell'interd. quam fundum e quam hereditatem (mediante il quale veniva trasfuso nell'attore il possesso del fondo o della eredità, negato o non assicurato dal convenuto), senza che per ciò fosse preclusa all'impetito la possibilità di proporre a sua volta il Petitorium. Egualmente dietro l'interd. Salvianum si cela l'actio Serviana, dietro l'interd. quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto, l'actio negatoria dell'avversario (2).

Pella maggior parte dei nominati interdetti questo rapporto fra petitorio e possessorio è posto fuori di contingenza da espresse testimonianze, che qui non è necessario di allegare, nel fr. 14, § 3 de exc. rei jud. (44. 2). Si quis interdicto egerit de possessione postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto *possessio*, in actione *proprietas* vertitur.

Occorre appena avvertire, che questa osservazione non va applicata soltanto a certi interdetti, vale a dire agli interd. retinendae e recup. pos., ma a tutti gl' interdetti, coi quali si può « de possessione agere » — e fra gli stessi vanno annoverati anche quelli adip. poss., fr. 2, § 3 de interd. 43. 1, Gajo IV, 143.

Invece di riporre, coi giuristi romani, il concetto degli interdetti possessori in questo criterio speciale, che si trova in essi marcato in opposizione a tutte le altre azioni, di regolare soltanto prov-

(1) Fr. un Cod. Theod. Quor. bon. (4. 21). Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur, quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quod possit tribui de *proprietate luctamen*? — — Iubemus et omnibus frustrationibus amputatis in petitorem corpora transferantur *secundaria actione proprietatis* non exclusa.

(2) Vangerow, Manuale I, § 390, II, § 809 (7.ª ediz pag. 897, pag. 560). Lo stesso procedimento avrà avuto luogo anche in esito ai due interdetti, di cui parla Gajo, IV, § 145, 146, vale a dire gli attori potevano chiedere intanto la consegna di tutte le cose, e i convenuti colle loro eccezioni di proprietà saranno stati rimessi alla via petitoria.

visoriamente il rapporto, Savigny (§ 35) trova il criterio caratteristico in ciò che negli stessi il possesso costituisce il fondamento della pretesa — e da questo punto di vista non gli riesce certamente malagevole di mostrare, che gl'interd. adip. poss. non stanno in alcuna guisa in connessione con quel concetto delle azioni possessorie (pag. 383). Come « motivo decisivo contro l'ordinaria esposizione » sorviene (pag. 384) ancora il riflesso, che i veri interdetti possessori scaturiscono da delitti » — un motivo, la cui completa insostenibilità è stata in precedenza dimostrata. « Gl'interd. retin. et recup. poss. sono adunque, in generale, le sole azioni possessorie, e gli interd. adipisc. poss. *non hanno nulla di comune con esse* (!). Ma ciò non basta. *Neppure fra di loro questi rimedi hanno un rapporto di comunanza* (!) e a provarlo basterebbe enumerarli, d'altronde ciò risulta dalla circostanza che essi vengono trattati in diversi punti delle sorgenti » (pag. 385). La modificazione, che Savigny ha apposto in un'aggiunta alla sesta edizione (pag. 385,388) non altera punto la sua opinione in merito. Anche qui egli spezza una lancia contro la cumulazione di quelle tre specie d'interdetti per parte dei giuristi romani, « essa si appalesa in generale inservibile in linea scientifica, mentre ha in mira soltanto lo scopo affatto esterno, ed irrilevante pella essenza della protezione, di constatare se un possesso viene acquistato di fresco, ricuperato o conservato » (pag. 387).

Non soggiungerò neppure una parola sulla circostanza, che Savigny stesso, legato e vincolato com'era dal πρῶτον ψεῦδος di tutta la sua teoria sul possesso, la natura delittuosa delle azioni possessorie, non potè mai sciogliersi da questo grave errore circa all'int. adip. poss. — errore che l'obbligò ad affibbiare ai giuristi romani l'invenzione e la spontanea accettazione di un concetto affatto inservibile in linea scientifica. Riesce grave però di sopprimere una espressione di meraviglia in vedendo, che quello errore, lungi dall'essere riconosciuto dalla scienza per ciò che è, abbia trovato, in generale, la più calda adesione. Se eccettuo Vangerow (Nota 2, pag. 66), non posso ricordarmi (speciali ricerche non ho praticate su questo punto) di alcun nuovo compendio di pandette, che metta in conveniente risalto gli interd. adip. poss. Non intendo naturalmente parlare della esposizione dei singoli interdetti nei relativi punti del sistema, ma

della prova che gl' interd. adip. poss. vanno concepiti scientificamente come un vero rimedio possessorio, da collocarsi nella stessa linea cogli altri due int. poss. Invece di rilevare, nella teoria del possesso, la loro importanza pello istituto possessorio, e i lineamenti del Possessorio che si riproducono negli stessi come negli altri interdetti possessori, di accentuare convenientemente l'esclusione della questione di diritto, e la posteriore possibilità del Petitorio, si suole, di regola, passare sotto silenzio questi interdetti nella teoria del possesso, oppure se si accenna agli stessi, ciò avviene soltanto per respingerli come innesti illegittimi, che non possono aspirare al nome di rimedi possessori (1).

Lo stesso errore, che ha determinato Savigny a negare agli interd. adip. poss. il carattere di veri rimedi possessori, lo ha sedotto anche ad annoverare fra i medesimi, interdetti, che in base alle cose fin qui discorse, non possono aspirare a questa qualità pel motivo, che essi non hanno per oggetto la « possessio » ma la « res » vale a dire non il transitorio, il provvisorio, ma il definitivo possesso della cosa. Così l'interd. de glande legenda (2). Nessun giurista romano, e a

(1) Sono stato compreso da vergogna nel trovare un'apprezzazione più esatta della pratica importanza degli interdetti possessori nelle opere affatto discreditate del periodo antisavigniano, p. e. in Hellfeld Iurisp. for. § 1833 e seg., Höpfner Commentario § 1208, che nelle odierne esposizioni. Il secondo dei citati autori dice: « Gli interdetti adipis. poss. sono estremamente rimarchevoli pel pratico, quantochè, come sappiamo, sia uno dei vantaggi del possesso, che il possessore non è obbligato di provare che la cosa posseduta gli appartenga, ma l'avversario deve sobbarcarsi alla prova del contrario. Epperò è consigliabile, che si cerchi di acquistare, mediante un interdetto, il possesso della cosa, per scaricare in tal modo sull'avversario il peso della prova.

(2) Savigny, loc. cit. pag. 388; egualmente precedenti scrittori, p. e. Höpfner loc. cit. Non si sa del resto vedere, perchè Savigny non collochi questo interdetto fra quelli retin. o recuperandae poss. dal momento che lo vuol far passare come possessorio. E, nel vero, anche giusta Savigny il possesso del frutto separato dalla cosa principale senza l'operosità umana appartiene al possessore della cosa principale. Nel punto, in cui il pomo cade del ramo, io acquisto sul medesimo, che è ormai una cosa indipendente, il possesso separato, e si dica pure: Questo possesso cessa nuovamente non appena il pomo cade sul fondo inaccessibile del vicino, oppure continua malgrado di ciò — nel primo caso l'int. de glande legenda può essere designato soltanto qual'e interd. recuperandae; nel secondo soltanto quale interd. retinendae poss., per me è inconcepibile, come Savigny possa, senza rendersi infedele alla sua teoria, convertirlo in un interd. adipiscendae poss.

ragione, lo ha compreso fra gl' interdetti possessori. Avvegnachè a questo interdetto non possa tener dietro un ulteriore petitorio, esso decide definitivamente la questione relativa ai frutti caduti; qui non si presentava la necessità di riservare al convenuto il petitorio; il giudice, in esito a questo interdetto, non sentenziava punto sulla « possessio » ma sulla « res », sulla definitiva conservazione dei frutti. Dicasi altrettanto dell' interd. fraudatorium che deve la sua enumerazione fra i preindicati interdetti (Savigny, loc. cit.) parimenti alla preconcetta erronea opinione di questo autore. Anche l' interd. de migrando e de thesauro (fr. 15 ad exh. 10 4.) hanno per oggetto la consegna del possesso, e se bastasse questa sola circostanza si dovrebbero accogliere amendue nel novero degli interd. retinendae o recuperandae poss., ciocchè non è stato fatto neppure da Savigny, sebbene negli stessi si potesse più facilmente constatare il punto di vista del delitto che nell'int. uti poss. e utrubi. In presenza delle cose suesposte non accade dimostrare che essi non vi potevano aspirare.

Mi accingerò ora al tentativo di provare il mio assunto colla scorta delle fonti in una duplice direzione; primamente con riguardo ai mezzi di protezione del possesso; quindi con riguardo alla sua configurazione materiale. Se quel concetto è esatto, ci starà sempre a fianco la proprietà, mentre la perderemo affatto di vista se è esatta una delle teorie avversarie. Accingiamoci ora a questo cómpito.

VII. — I MEZZI DI PROTEZIONE DEL POSSESSO.

Gli interd. retinendae possessionis.

La prima occasione, nella quale nel diritto romano il possesso si presenta come oggetto di disposizione giudiziaria, si è il conferimento delle *vindiciae* nell'antico processo di vindicazione. Il pretore accordava le *vindiciae* a una delle due parti, vale a dire le assegnava il possesso durante il procedimento. Questa misura può essere concepita in un doppio senso: o nel senso, che essa impartiva al possessore soltanto i vantaggi di fatto del possesso, vale a dire il godimento della cosa, oppure nel senso, che gli accordava anche i vantaggi giuridici del possesso, vale a dire l' esenzione dall' onere

probatorio. Per questa opinione si è pronunciato negli ultimi tempi uno scrittore autorevole (1), ma ciò non pertanto io non posso aderirvi.

Stando al modo, con cui si esprime Gajo, il Pretore avea libertà di azione (2) nel conferimento delle *vindiciae;* egli poteva adunque, se ciò gli sembrava adequato, attribuire il possesso anche al non possessore. In questo modo egli avrebbe potuto esercitare una influenza dannosa sulla definitiva evasione del processo, liberando l'attore dal peso della prova, che in molti casi decide sul diritto! I fautori di quella opinione non riflettono, che il più antico processo di vindicazione era un judicium duplex, nel quale amendue le parti si presentavano come vindicanti (vindicatio e contravindicatio), e quindi avevano l'obbligo della prova nell'egual misura, e nel quale conseguentemente decideva non l'assoluta prova della proprietà, ma la relativa prevalenza dei motivi probatori addotti da entrambi i litiganti (3).

Quale appoggio si può desumere pel nostro scopo da questa istituzione? Un duplice appoggio. In prima linea il fatto interessante, che il possesso, nel suo primo ingresso nella storia del diritto romano, si presenta in stretta connessione colla proprietà e colla controversia proprietaria. Il possessorio, per mantenere il linguaggio moderno, costituisce un momento integrante del petitorio; è incre-

(1) Bethmann-Hollweg. *Il processo civile del diritto comune*, vol. I, sezione prima, pag. 144.

(2) Gajo IV, 16: secundum *alterum* eorum vindicias dicebat i. e. *aliquem* possessorem constituebat. Quanto ai riguardi possibili, da cui si lasciava guidare il Pretore, vedi una supposizione nel mio Spirito del D. R. III, pag. 99.

(3) Vedi le mie deduzioni loc. cit. pag. 90 e seg. Quì si verificava lo stesso rapporto come nell'antico processo proprietario inglese, nel quale la questione proposta ai giurati non mirava a constatare se l'attore fosse proprietario, ma suonava: utrum A vel B *majus* jus habeat in terra illa, *Gneist*, Selfgovernment pag. 80. Un esempio dai tempi più recenti, che richiama alla memoria la sentenza di Salomone, vedi in *Sueton.* Galba c. 7: cum de proprietate jumenti, quaereretur levibus utrimque argumentis et testibus ideoque difficili conjectura veritatis ita decrevit, ut ad lacum, ubi adaquari solebat, duceretur capite involuto atque ibidem revelato ejus esset, ad quem sponte se a potu recepisset.

dibile, che il primo potesse presentarsi indipendentemente dal secondo, sendochè l'unica forma, a noi nota, il conferimento delle *vindiciae*, fosse concepibile soltanto nel processo proprietario, gli interdicta retinendae possessionis però, che, nel processo successivo, si sostituiscono a questa forma e la scartano, non possono assolutamente aver esistito allato di essa. Una simile cumulazione di due rimedi giuridici, consacrati allo stesso scopo, resiste a ogni analogia storica, con riguardo alle epoche antiche. La seconda osservazione che si desta in noi, in esito alla disamina di quella istituzione, consiste nella indipendenza della questione possessoria dalla violenza. È vero bensì che la lotta apparente, con cui s'iniziava la vindicazione, sta per la opinione contraria. Se non che soltanto apparentemente. La circostanza, che, come fu già osservato, il Pretore poteva conferire le *vindiciae* anche al non possessore, vale a dire a quello, da cui era partita la turbativa, dimostra a sufficienza, qualmente il conferimento delle *vindiciae* non possa essere assoggettato al punto di vista della protezione accordata mediante lo stesso dal Pretore a colui che possiede contro la turbativa del non possessore. Quella lotta apparente avea soltanto una importanza simbolica; essa documentava, corrispondentemente allo spirito del vecchio diritto, il fatto della reciproca impugnazione della proprietà con azioni, anzichè con parole. Se adunque il Pretore attribuiva a una parte il possesso, ciò non avveniva per causa di turbativa, sendochè in questo caso sarebbe stata sin d'allora riconosciuta la pretesa del possessore, come tale, alla protezione giudiziaria, ma in quella vece pel motivo appunto, che tale pretesa non era riconosciuta, e appariva quindi necessario regolare interinalmente la questione possessoria pella durata del processo. In un certo senso si può adunque dire, che nel più vecchio diritto non esisteva ancora generalmente il concetto del possesso, quantochè esso non esista dove il possessore, come tale, non trova protezione e riconoscimento. Sarebbe oziosa la domanda, se già nelle epoche più antiche fosse designato coll'appellativo di « possessor » colui che avea ottenute le *vindiciae*. In prova, che in realtà si vedeva nello stesso una cosa diversa dal « possessor » delle epoche successive, vale a dire, che si vedeva nello stesso non soltanto il detentore di fatto, ma il *proprietario interinale*, ricorro, se non mi si vuol menar buona la testimonianza che ci ha conservato Li-

vio (1) sul più antico processo di vindicazione, ricorro, diceva, a una testimonianza posteriore, che, in onta alla rigorosa separazione compiutasi nel frattempo rispetto alle nozioni della proprietà e del possesso, applica la stessa espressione al corrispondente rapporto del nuovo processo. Un rescritto di *Antonino Pio* chiama proprietario interinale (interim domini loco habetur) il possessore della eredità, che ha prestato all'attore la cauzione, che era subentrata ai praedes litis ac vindiciarum del più antico processo di vindicazione, e vi annette la pratica conseguenza, che gli schiavi ereditari non possono essere assoggettati alla tortura contro tale disposizione. Disposizione questa, che *Callistrato*, al quale noi dobbiamo questa notizia, applica, adoperando la stessa espressione, anche al caso della vindicazione di uno schiavo (2).

Proprietà interinale era adunque il senso originario del conferimento delle *vindiciae*, e non l'attribuzione del nudo possesso nel senso della odierna teoria possessoria, e appena in questo modo si può rettamente comprendere la controversia intorno alle *vindiciae*. Il processo di vindicazione non esce dalla cerchia della proprietà, ma la misura che sul principio dello stesso applica il Pretore è affatto diversa da quella che viene in seguito adoperata dal Giudice; essa si risolve in una prova di prima impressione sufficiente pello scopo della provvisoria disposizione, in opposizione alla prova esauriente necessaria pella definitiva decisione. Epperò il possesso apparisce di fatto nel più vecchio diritto come una posizione della proprietà, di conformità alla nostra teoria.

Volgiamoci ora al diritto più recente. Qui è patente il rapporto di successione, in cui stanno gl'interd. retinendae possessionis rispetto alle *vindiciae*, cotalchè non potè sfuggire alla osservazione (3). In base alle concordi testimonianze delle nostre fonti (vedi in seguito), questi interdetti sono stati introdotti in contemplazione dello stesso scopo, al quale servivano le *vindiciae*, nel vecchio processo,

(1) Liv. III, 44: interim *dominum* sequi ancillam æquum esse.

(2) Fr. 15, § 2 de quest. (48. 18).

(3) È stato per me oggetto di sorpresa il trovare questa opinione, unitamente ad una esposizione rimarchevole delle *vindiciae*, in uno scrittore, nel quale io non l'avrei certamente cercata, vale a dire in SCHILTER, Praxis jur. Rom. Exerc. 16, § 30.

vale a dire per regolare l'interinale rapporto possessorio pel processo di proprietà. Per tal modo non si è effettuato soltanto un cangiamento nella forma, ma una essenziale e triplice trasformazione della cosa. Primamente, la questione possessoria da un oggetto di *apprezzazione discrezionale del Pretore* è divenuta materia di *regolata decisione giudiziaria*; il possesso non viene più *conceduto*, ma viene *investigato*, vale a dire esso si è trasformato in un rapporto indipendente, sciolto dalla proprietà. Con questa trasformazione è strettamente connessa, in secondo luogo, la influenza che esercita il possesso nel nuovo processo di vindicazione, e che poteva esercitare in virtù della nuova sua conformazione, vale a dire l'esenzione del possessore dal peso probatorio, una misura che si appoggiava formalmente alla sparizione della controvindicatio, e alla conseguente trasmigrazione del judicium duplex in judicium simplex. La terza modificazione, non meno essenziale, consisteva nello scioglimento del possessorio dal petitorio. Mentre le *vindiciae* potevano presentarsi soltanto in occasione del processo di vindicazione, la bisogna procede diversamente rispetto a quegli interdetti. Come nel medio evo il Summariissimum, che in origine era una disposizione incidentale dell'Ordinarium (portio interdicti uti possidetis) si emancipò dallo stesso, e si elevò al rango di un rimedio legale indipendente, nella stessa guisa, la mercè di quegli interdetti, la questione possessoria si svincolò dal processo proprietario. Qui si può difficilmente ammettere che sia stata decisiva la idea di proteggere il possesso contro frivole tentative, tanto meno che per tentative passate essi non accordano alcuna restituzione, e che a questo effetto sorvengono altri rimedi, p. e. l'interdictum quod vi aut clam, l'act. injuriarum, l'act. legis Aquiliae; ma, a mio credere, devesi in quella vece ritenere che quello svincolo sia avvenuto perchè al proprietario non poteva essere impedito di astenersi dalla reivindicatio e dalla negatoria se il mezzo possessorio avea raggiunto il suo scopo. Per tal modo veniva certamente fornita la possibilità che anche un possessore, il quale non vantava pretese proprietarie, intentasse con pieno successo gl'interdetti; il possesso in via di principio era affatto emancipato dalla controversia sulla proprietà, per quanto esso potesse in via di fatto presentarsi unito alla medesima.

Quest'ultima situazione del possesso, che ci presenta il possessre, o

considerato come tale, l'occupante arbitrario, il ladro e il grassatore, forse vittoriosi di fronte al proprietario, racchiude, come è stato superiormente osservato, il vero enimma del possesso. Con questa situazione noi siamo pervenuti al crocicchio, dove riesce decisiva, per tutto il corso della nostra disamina, la scelta della strada che intendiamo percorrere. È quella situazione il caso normale del possesso, aveano gl'interdetti per iscopo di dichiarare queste persone meritevoli della eguale protezione accordata al proprietario, oppure ridonda la protezione del possesso a vantaggio del proprietario, ed è la sua estensione alle suddette persone soltanto una conseguenza inevitabile; dobbiamo quindi rappresentarci il proprietario come il caso normale degli interdetti e come il motivo della loro introduzione? Sentiamo come risponde il diritto romano alla nostra questione.

1. Il motivo storico della introduzione di quegl'interdetti viene riposto nell' interesse della regolazione del possesso nella controversia intorno alla proprietà. In presenza delle indubbie ripetute attestazioni contenute nelle nostre sorgenti (1) riescono frustranei tutti i tentativi (2) rivolti a guadagnare un altro punto di partenza per chiarire l' introduzione di quegli interdetti. Essi non sono stati chiamati in vita dal pensiero di collocare sotto l'egida del diritto anche i beni rapiti e derubati, ma dalla idea, attuata nelle vindiciae del più vecchio processo, *di regolare provvisoriamente il rapporto proprietario;* essi concepiscono quindi di fatto il possesso dal punto di vista da me enunciato, pel quale esso va riguardato come una posizione della proprietà

2. Questa relazione degli interdetti possessorii colla controversia sulla proprietà si riproduce sempre sino all'epoca del più recente diritto romano.

Nelle nostre fonti non è parola degli stessi senza che in pari tempo si accenni alla controversia sulla proprietà (3).

(1) Gajo IV, § 148. Ulpiano nel fr. 1, § 3 uti poss. (43. 17) § 4 J. de interd. (4, 15) Theophilus ibid.

(2) Sino a Savigny, a quanto mi consta, non fu fatto questo tentativo, per es. nelle glosse e nei commentari delle istituzioni di Jan Costa, Vinnio, Otto; contro il tentativo di Savigny, vedi Vangerow, Pandette, § 336. Ann. 1.

(3) Così anche nel processo di libertà: la « pronuntiatio » sul rapporto possessorio, vale a dire se il preteso schiavo fosse in possessione libertatis o servitutis, era il primo atto nel giudicium liberale, fr. 7, § 5, de lib. causa (40,12).

Fr. 35 *de poss.* (41, 2). Exitus controversiae *possessionis* hic est tantum, ut prius pronunciet judex, uter *possideat*.. et tunc de *domino* quaeratur.

Fr. un. Cod. *uti poss.* (8, 6)... de *proprietate* cognoscet.

Fr. un. Cod. de *interd.* (8, 1)... orta *proprietatis* et *possessionis* lite prius possessionis decidi oportere quaestionem competentibus actionibus, ut ex hoc ordine facto de *dominii* disceptatione probationes ab eo, qui de *possessione* victus est, exigantur.

Fr. 13 Cod. de *reiv.* (3, 32): Ordinarii juris est, ut mancipiorum orta quaestione prius exhibitis mancipiis de *possessione* judicetur ac tunc demum *proprietatis* causa ab eodem judice decidatur.

Fr. 1 Cod. si de *mom. poss.* (7, 69)... ita *possessionis* reformationem fieri oportet, ut integra omnis *proprietatis* causa servetur.

Fr. un. Cod. Theod. *Utrubi* (4, 23)... bonae fidei possessori primum oportet et celeri reformatione succurri (vale a dire mediante l'interd. utrubi), tunc causam originis (colonorum) et *proprietatis* agitari (nel Cod. Just. il fr. 14 de agric. 11, 47).

Persino nelle Basiliche (50, 3, 72) l'interd. uti poss. si presenta in una esclusiva relazione colla proprietà.

Quando de possessione movetur actio uti possidetis, is vincit, qui nec vi nec clam nec precario possidet, et *deinde* aut satisdat et suscipit *reivindicationem* aut non satisdat et possessio ad alterum transfertur.

Al possessorio, che è il primo passo, si aggiunge quindi (« deinde »), come una necessaria conseguenza, il secondo, vale a dire il petitorio.

Questa associazione d'idee fra possesso e proprietà, o possessorio e petitorio, si ripete anche in direzione opposta, vale a dire nella stessa guisa che quei passaggi in occasione del primo accennano al secondo, così viceversa altri passaggi, parlando del secondo, si occupano del primo.

Fr. 24 de R. V. (6, 1): Is qui destinavit rem petere animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem.

Fr. 3 Cod. fin. reg. (3, 39).

3 Il possessorio e il petitorio vengono designati come parte della stessa controversia, vale a dire il secondo come causa principalis, il primo come preparazione.

Il fr. 3 Cod. Teod. de judic. (2, 18) — alquanto modificato nel fr. 10 Cod. Just. de judic. 3, 1 — contiene un editto di Costantino, nel quale egli proibisce di portare il possessorio e il petitorio dinanzi a due giudici diversi, e persino vieta, sotto comminatoria di pena, di chiedere la dispensa imperiale da questa disposizione. È interessante pel nostro scopo il modo con cui questa costituzione si esprime sul rapporto del possessorio col petitorio. Amendue vengono indicati come un tutto comune « (qui causæ continentiam dividit) » come un processo, che « in uno eodemque iudicio poterat terminari » e alla controversia « super possessione » viene contrapposta quella « super principali quæstione » (1). Nel fr. 1, § 45 de aqua quotid. (43, 20) Ulpiano contrappone al possessorio, che serve a garanzia del diritto di acqua, un interdetto condizionato alla prova di tale diritto, e osserva quanto appresso:

> in hoc interdicto totam qæstionem finiri assignationis, non enim *præparat* hoc interdictum causam ut superiora interdicta, nec ad *possessionem temporariam* pertinet, sed aut habet jus adsignatum sibi aut non habet et *interdictum totum finitur.*

Gli interdetti possessorii adunque, dic'egli, che attengono soltanto al transitorio rapporto di possesso « (ad possessionem temporariam pertinent) » non risolvono lo stesso rapporto controverso, come l'interdetto in questione, ma preparano soltanto la sua decisione finale, e definitiva (praeparant causam).

Epperò anche il fr. 5 Cod. de poss. (7, 32) poteva adoperare pella protezione possessoria, messa in vista all'implorante, l'espressione: « Praeses dominii tui jus convelli non sinet ». La protezione del possesso appartiene al « jus dominii », il non accordarla pregiudicherèbbe alla protezione della proprietà » jus dominii convellere » (2).

(1) In altro sito causa principalis fr. 1, Cod. Theod. unde vi (4, 22) negotium principale, fr. 3, Cod. Theod. ad leg. Jul. de vi (19, 10) Sepnomachus Ep. X, 41, de possessionem judicari principalem vero causam.... reservari.

(2) Così anche il f 9 de commod. (13, 6) pella proposizione del f. 8: rei commodatæ et possessionem et proprietatem retinemus poteva additare il motivo: nemo enim commodando rem facit ejus cui commodat, che si attaglia al possesso sotto la presupposizione che esso venga concepito in strettissima connessione colla proprietà. E non s'informa allo stesso pensiero anche il fr. 43 de relig. verb. (11, 7): qui de iure dominii queritur? il proprietario, contro la

4. Il rapporto naturale, normale negli interdetti possessori si è che il proprietario li propone.

Nessun giurista romano lo ha detto, è vero, recisamente, ma si esamini in modo spregiudicato il

Fr. 8 de vi (43, 16) di Paolo: Fulcinus dicebat vi possideri, quotiens vel non dominus, cum tamen possideret vi dejectus est, e vi si troverà implicato il superiore assunto.

L'interd. unde vi, dice il giurista, ha luogo anche quando venga espulso il possessore che non è proprietario. Se egli ritiene necessario di mettere in rilievo questo punto come una cosa speciale rispetto al non proprietario, esso, a mio credere, dinota abbastanza chiaramente con ciò di riflettere al proprietario, come a quello a cui è propriamente destinato l'interdetto, e nelle cui mani si deve trovare di regola il possesso. Così si spiega anche che in quell' interdetto viene nominato come attore il proprietario invece del possessore, p. es. nel fr. 12 ibid.

Lo stesso procedimento si rinnova anche nell'interd. de precario. Anche nello stesso i giuristi romani, a designare l'attore. si servono della espressione: dominus, p. es. fr. 4, § 4, fr. 6 pr. fr. 12 pr. de precario (43. 26), e, a designare l'oggetto, del predicato, fr. 15 pr. nostro utatur, fr. 3 per fundum meum, fr. 18 ibid. rem suam. Anche rispetto a questo interdetto un giurista stimò necessario di fare la stessa osservazione come rispetto all'interd. unde vi in precedenza riportata. Sed et si eam rem, dice Venuleio nel fr. 7 ibid., cujus possessionem per interdictum uti possidetis retinere possim, quamvis futurum esset, ut tenear de proprietate, precario tibi concesserim, teneberis hoc interdicto. È inefficiente il contratto, che il precario non possa essere revocato sino a un certo tempo; nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam invito domino possidere liceat, fr. 12 pr.

volontà dell'usufruttuario, non può seppellire nel fondo alcun cadavere (fr. 2, § 7, ib.) invito fructuario locus religiosus non fiet, fr. 43, cit., ciò non pertanto, se il secondo si oppone, gli viene concesso l'interd. de mortuo inferendo per combattere questa resistenza, vale a dire, se posso così esprimermi, la vertenza viene evasa non in via petitoria, ma in sede possessoria, l'usufruttuario col suo diritto di opposizione viene, come si direbbe oggigiorno, rimesso ad separatum, a ventilare cioè in sede separata tale suo diritto, e rispetto a questa protezione del proprietario, assisa essenzialmente sulla idea del possesso Papiniano usa le parole: de jure dominii queritur.

ibid. La proprietà nella persona del ricevente esclude la validità del precario fr. 4, § 3 ibid. Ulpiano nel fr. 6, § 4, ibid. all'obbietto, che il pignorante può farsi restituire precariamente il possesso dal creditore pignoratizio oppone il riflesso, che qui si tratta di un precarium *possessionis* non *proprietatis*. Ritornerò su questo punto di vista.

Il surriferito pensiero, che il possessore è di regola proprietario, sulla cui verità relativa noi ci siamo in precedenza esternati, è stato espresso anche legalmente.

5. Nella disposizione del diritto romano, giusta la quale i possessores, vale a dire i possessori di fondi entro il circondario civico sono esenti dalle cauzioni processuali (1).

Qui sotto possessori non s'intendono i veri proprietari, come ritiene Savigny (2), ma i possessori come tali, perchè ed in quanto si atteggiano da proprietari, e presumibilmente lo sono (3). Sorviene poi

6. l'uso linguistico della vita comune, che prende possessor per dominus, possessio per proprietà (fondiaria).

Nel possesso la proprietà assume un aspetto visibile, il possesso è la proprietà nella sua piena efficacia, nella sua figura normale. Niuna meraviglia adunque, se nell'uso linguistico della vita comune che così volentieri sta attaccato a ciò che si vede, anzichè a ciò che non si vede, è parola di possessore fondiario, e di possessione, per dinotare il proprietario del fondo, e la proprietà, non solo presso di noi, ma anche appo i Romani (4). Diverso, è vero, si è l'uso linguistico del diritto e dei giuristi. Se non che ove quei due concetti non si presentano esattamente separati, quella percezione della vita

(1) Fr. 15 qui satisd. (2. 8).

(2) Perchè nella spiegazione della espressione data nel fr. 1 del citato passaggio il giurista non adopera l'appellativo dominus, ma conserva la parola possidere: qui rem soli possidet.

(3) Per questo motivo il creditore pignoratizio, se anche possiede, non passa per possessor in questo senso, § 2 ibid., dappoichè non abbia la pretensione di essere proprietario, « non enim opinione domini possidet » è detto nel fr. 22, § 1, de nox act. (9. 4).

(4) Savigny, loc. cit. p. 104. È interessante la definizione di Cornelio Fronto da esso riportata: habere potest etiam fur et nequam, *possidet* nemo nisi qui. . rei dominus est.

comune, che ravvisa il proprietario nel possessore, si trapianta anche sul terreno del diritto e della giurisprudenza (1).

Ritorniamo agli interdetti possessorii.

Esisteva un rapporto, nel quale essi rifiutavano i loro servizi, vale a dire nel caso ereditario. Cessando il possesso dello ereditando alla sua morte, l'appropriazione di cose ereditarie, per parte di terze persone non autorizzate, non cade sotto il punto di vista di una sottrazione del possesso, e quindi rispetto alle stesse non possono aver luogo gl'interdicta retinendæ o recuperandæ possessionis.

Se il diritto romano non avesse colmata questa lacuna mediante la hereditatis petitio, l'erede avrebbe perduta la facilitazione della prova, che il possesso accorda al proprietario, e nella reivind. o Publiciana actio, che ancora gli sarebbero rimaste, egli avrebbe dovuto sobbarcarsi alla rigorosa prova della proprietà, rispettivamente della bonae fidei possessio dello ereditando. Appunto questa circostanza che il diritto romano supplisce (2) agli interdetti possessorii colla her. pet. sorviene

7. come un nuovo argomento pella esattezza della opinione da me sostenuta — la *hered. petitio adempie praticamente la funzione* delle azioni possessorie (3).

Al pari di queste anche essa esige la prova della detenzione di fatto (4) nelle veci della prova del diritto. Se, come asserisce la teoria volitiva, il possesso viene soltanto protetto a motivo della volontà, che nello stesso si realizza, se la protezione possessoria

(1) Particolarmente nelle costituzioni imperiali vedi p. e. fr. 12. Cod. de poss. (1. 32), fr. 1 Cod. de praesc. (7. 33), fr. 2 Cod. de probat. (4. 19), fr. 1 Cod. si per vim (8. 5); persino si trova l'espressione dominium possessionis fr. 2. Cod. Theod. de bon. mat. (8 18). È noto che anche i giuristi romani prendevano « possessiones » per fondi, vale a dire la proprietà sui medesimi; vedi una applicazione nel fr. 78 de V. S. (50. 16).

(2) Io ho espresso occasionalmente ora sono molti anni questa idea nella mia dissertazione inaugurale Berol. 1842, p. 40.

(3) Dicasi lo stesso rispetto all'interd. quod legatorum, che, come l'interd. utrubi nella sua vecchia forma, va anche contro terzi possessori, fr. 1, § 13, quod. legat. (43. 3).

(4) Non solo del possesso giuridico, è vero, ma anche della semplice detenzione, fr. 19 pr. de her. pet. (5. 3), ciocchè è possibile anche in via accessoria nell'interd. unde vi, fr. 1. § 33 de vi (43, 16).

viene accordata solamente perchè è stata impugnata la volontà dello avente diritto, come ottiene protezione la precedente detenzione dello ereditando, che, al momento dell'apprensione delle cose ereditarie, per parte del terzo, è priva di vita, vale a dire sfornita di volontà? Non mi si opponga che questa non è una protezione possessoria. Impercioechè la nozione della stessa non si determini con riguardo alla circostanza se abbia la forma consueta degli interdetti possessorii (1), ma sibbene alla circostanza se un rapporto di fatto venga riconosciuto e protetto senza la prova del diritto.

Questo rapporto di fatto esige fra i vivi di regola la volontà, e si addomanda possesso; colla morte sparisce la volontà, e conseguentemente la possibilità di statuire la nozione del possesso, ma non svanisce anche il bisogno pratico di quella protezione, e sussiste sempre nella sua pienezza il motivo legislativo di tale protezione, vale a dire la facilitazione della prova da accordarsi al proprietario contro indebite dirette ingerenze nella sua sfera giuridica (2). Qui al possesso corrisponde lo stato di pacifica permanenza della cosa nella massa (3). Spero di non espormi a malintesi in dicendo: qui manca, è vero, il possesso ma non l'idea del possesso.

L'effetto soggettivo psicologico che il possessore ha il sentimento e la coscienza di essere possessore non impartisce al possesso la sua pratica importanza — questo è piuttosto, come dimostrerò in un altro sito, il suo distintivo normale — ma la sua rilevanza pella proprietà: l'usucapione e la protezione del possesso. *Amendue questi effetti sono connessi al superiore rapporto.* L'usucapione si matura, e la her. pet. accorda la protezione possessoria, senza che esista il possesso.

(1) Savigny, loc. cit. p. 385: « sendochè quella introduzione di un interdetto nelle veci di un altro, sia per noi affatto insignificante, e accidentale, e perfino giusta la opinione dei romani punto affetti la natura del diritto petitorio. »

(2) Fr. 1, Cod. Theod. quor. bon. (4. 21). Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur, quæ in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quod possit tribui de proprietate luctamen?... omnibus frustrationibus amputatis in petitorem corpora transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa.

(3) Fr. 40, § 1, de poss. (41. 2)... si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper *in hereditate coloni manserit.* Rispetto alla usucapione (la *possessio* qualisqualis al fr. 88 de acq. her. 29. 2) vedi f. 6, § 2, pro emt. (41. 4)... si nemo eum possedisset.

Se l'affittuale viene espulso vivente il locatore, costui ha contro il deiciente l'interd. unde vi; se l'espulsione avviene dopo la sua morte, il suo erede ha la her. pet. Per amendue le azioni basta la prova del possesso.

Per tal guisa è tolta alla morte la perniciosa influenza, che essa, pella teoria del possesso, dovrebbe esercitare sulla proprietà, nel più ampio senso della parola; empiuta la lacuna, che la perdita del possesso ingenera a danno dello erede, e ripetuto, per dir così, il motivo legislativo del possesso fuori della sua vera cerchia. Per tal modo resta appunto constatato l'ultimo fondamento del possesso, accertata la sua vis agens: vale a dire non la volontà, ma la indispensabilità del possesso pel diritto di proprietà.

Il suddetto rapporto non è del resto il solo, nel quale lo scopo pratico del possesso riporta per tal modo un trionfo sulla sua formulazione teoretica, che lo considera quale un rapporto volitivo. Le persone, che difettano di volontà, pazzi, fanciulli, e persone giuridiche (1), non possono per questo motivo neppure possedere. Se non che se si negasse loro il possesso si comprometterebbe nel modo più sensibile la loro posizione proprietaria (2), e questo ultimo riflesso è così decisivo, che il bisogno pratico vince le apprensioni teoretiche: l'esteriorità della proprietà (esercitata mediante rappresentanti) vige anche per quelle persone come possesso, essi usucapiscono e hanno gli interdetti (3). Se il diritto romano, mediante la her. pet. e la proposizione, che la usucapione si matura anche durante la giacenza della credità, non avesse in altro modo prov-

(1) Quanto alle ultime vedi fr. 1, § 22 de poss. (41. 2): municipes per se nihil possidere possunt quia uni consentire non possunt, vale a dire perchè manca loro la volontà di possedere (*).

(*) La teoria d'Ihering riesce ancora più perspicua se si parte dall'inesistenza di un soggetto, vale a dire dal concetto svolto nella mia monografia succitata, che nelle persone giuridiche non ravvisa soggetti artificiali, o ideali, ma patrimoni indipendenti, devoluti a uno scopo. *Nota del Traduttore.*

(2) Pei pazzi viene enunciato espressamente questo punto di vista nel fr. 44, § 6 de usuc. (41. 3): Eum, qui posteaquam usucapere coepit, in furorem incidit, *utilitate suadente* relictum est, *ne languor animi damnum etiam in bonis afferat*, ex omni causa implere usucapionem.

(3) Ulpiano dice nel fr. 1 ibid., sed hoc jure utimur ut et possidere et usucapere municipes possint.

veduto allo erede i giuristi romani avrebbero difficilmente esitato di ammettere « utilitatis causa » un possesso, senza volontà di possedere, anche rispetto alla hereditas jacens, come rispetto a quelle persone. L'usucapione, che decorre durante la giacenza della eredità, un effetto del possesso! La concessione degli interdetti possessorii in questo caso sarebbe stata così enorme come lo era l'usucapione senza possesso.

La her. pet. eliminava questo imbarazzo. È noto come essa non sia rivolta contro ognuno che possiede cose del compendio ereditario, ma soltanto contro colui che le tiene pro herede vel pro possessore. Perchè soltanto in confronto di quest'ultimo? Per lo stesso motivo per cui gli interdetti possessorii non erano concessi contro il terzo possessore, ma soltanto o contro quello che ci ha sottratto immediatamente il possesso, oppure contro quello che ce lo impugna, vale a dire *dalla persona dell'avversario* si deduce la speciale motivazione della facilitazione della prova, che questi due rimedii giuridici accordano egualmente all'attore, il quale per tal modo non è obbligato a fornire la prova della proprietà, ma gli basta quella della sua esterna posizione di fatto, della sua esteriorità. Nella lesione del possesso questa motivazione sta nella ingiustizia commessa dal convenuto, « vi aut clam »; a questo momento corrisponde nella her. pet. il titulus pro possessore (1) — in una controversia sul possesso (controversia de possessione) in ciò che soltanto il possesso e non la proprietà costituisce l'oggetto della vertenza. A questo caso dell'uti possidetis corre parallela la hered. pet. contro il pro herede possidens. Sarebbe assurdo accollare all' attore di fronte a questo convenuto, la prova della propietà dello ereditando, sendochè la controversia non si aggiri sul punto chi sia il proprietario, ma chi possa aspirare al possesso come erede. All'incontro contro colui che non possiede nè pro herede nè pro possessore la hereditatis petitio può intentarsi così poco come gli interdetti possessorii contro i terzi che possiedono le nostre cose. In loro confronto conviene spiegare la reivind. o la Publiciana.

(1) Nel fr. 37, § 1 de usurp. (41. 3) viene applicato al pro possessore possidens persino il concetto della vis, nell'atto che la possibilità dell'apprendimento possessorio di un fondo ereditario « sine vi » è limitato al caso: si dominus sine successore decesserit.

Per tal modo la her. pet. adempie di fatto la funzione dei rimedii possessorii. Io non voglio con ciò asserire che essa serva esclusivamente a questo scopo; basta che essa tenda anche allo stesso. È stato già prima osservato (nota 4, pag. 66) che essa va persino più in là delle presupposizioni del possesso giuridico. La detenzione di fatto, che negli interdetti possessorii è ristretta nella cerchia del possesso giuridico, ottiene nella her. pet. la stessa estensione che ha nelle azioni per delitto rivolte alla restituzione di cose asportate (1), essa si estende a tutte le cose pertinenti alla massa, e quindi anche a quelle che il testatore soltanto deteneva, in quanto l'erede vi abbia un interesse (2). Un ulteriore ampliamento, di fronte agli interdetti possessorii dell'epoca classica, si riscontra nella larga estensione del titulus pro possessore (3). In occasione dell'interd. unde vi (VIII) fornirò la prova che la posteriore epoca imperiale ha accordato l'eguale estensione alla protezione ricuperatoria del possesso.

Un tanto a sostegno della mia opinione, sulla importanza delle azioni possessorie. Non so se mi si riconoscerà il diritto di designarla come mia opinione. Imperciocchè, per quanto Savigny, e gli altri che lo seguirono, abbiano smarrito di vista il nesso dei rimedi possessorii colla proprietà, si trovino e nelle epoche passate, e nelle più recenti, degli autori che lo hanno riconosciuto e convenientemente accentuato. In presenza delle indubbie testimonianze delle nostre fonti la relazione dell' interd. retinendae possessionis colla controversia sulla proprietà non è stata, a quanto mi consta, messa in contingenza sino a Savigny (4), anzi nella pratica si faceva un passo più in là che nelle fonti. Guidati dalla idea, che il possessorio e il petitorio non sono in fondo che fasi dello stesso processo proprie-

(1) Non utique spectamus rem *in bonis* actoris esse... si tamen *ex bonis sit* si ex bonis hoc est ex *substantia mea* res ablata esse proponatur fr. 2, § 22, Vi bon. (47. 8).

(2) Fr. 19. pr. de her. pet. (3.|3)... quorum tamen periculum ad heredem pertinet.

(3) Fr. 13, § 1, fr. 16, § 4 ed altri de her. pet. (5, 3) fr. 14, § 2, quod metu (4. 2). Nell'ultimo passo viene accordata allo erede la her. pet. persino in confronto di quello che ha sottratto violentemente il possesso allo ereditando.

(4) Si confrontino per es. i vecchi esegetici sul § 4 J. de interd. (4. 15).

tario (1), e quindi decisamente avversi al primo (2), nel caso che si presentasse isolato, alcuni vecchi pratici insegnavano, che il giudice *in possessorio*, ove la proprietà risultasse subito liquida, dovesse decidere nello interesse della abbreviatura del procedimento, non in via possessoria, ma in via petitoria (3). Questa opinione, che ha trovato anche nel nostro secolo singoli difensori (4), ha dovuto in complesso soccombere di fronte alla influenza dominante, che lo scritto di Savigny sul possesso ha esercitato sulla teoria e sulla prassi. D'altro canto, in presenza delle deduzioni di scrittori recenti (5), si

(1) Donde la regola: finis possessorii est principium petitorii; vedi per es. Gaill. Obs. pract. fr. 7, § 3; 52, § 11, che a sua volta si richiama a precedenti giuristi.

(2) Così Schilter, Praxis jur. Rom. Nell'atto che rileva la possibilità di emancipare il possessorio dal petitorio, introdotta mediante l'interd. ret. poss. come una innovazione non divisata dal Pretore, ma sorta posteriormente, e che la designa come un deciso peggioramento del vecchio diritto, che considerava il processo per *vindiciae* quale una parte integrante della reivind. (Exerc. 16, § 10), egli ammonisce il giudice di non essere corrivo nell'accordare i possessorii e lo eccita a definire di un colpo la controversia « et quoad possessionem et proprietatem eodem judicio compendiose terminare. » Egli si richiama anzi a uno scrittore « qui pie monuit, remedia possessoria in conscientia valde esse periculosa; nam nullo modo posse quem sine periculo animae possessorio remedio agere, etiamsi in eo bonum faveat jus, nisi etiam in judicio proprietatis res ad eum pertineat, et aliter agendo scienter mortaliter peccari et ad omnes expensas damna et interesse parti victae teneri. » (Exerc. 13, § 12).

(3) P. e. *Perez*, Pracl. ad Cod. lib. 8, tit. 6, § 20. *Lauterbach*, Coll. theor. pract. 43, 17, § 13 e gli autori ivi citati, *Mevii* Decis. pars. VII, dec. 248: Notorium dominium facit cessare interdictum uti possidetis et defensionem possessionis. *Leyser* ad Pand. Spec. 468 med. 31, con riferimento a una decisione della facoltà giuridica di Helmstadt; egli caratterizza l'opinione contraria come un « vetus ac pervulgatus error, qui in jure fundamentum non habet, sed etiam rationi juris et aequitati adversatur. » Pufendorf Obs. II. N. 113, con riferimento a una sentenza del tribunale superiore di appello di Cella, e con richiamo al seguente punto di vista « cum judicia possessoria *praeparandi inprimis petitorii* gratia inventa sint, qua praeparatione in petitorio manifesto non amplius indigemus.

(4) Vedili in Schmid, Manuale del processo civile comune, III. p. 84, vedi inoltre Thibaut, Pandette, § 210, nonchè gli autori ivi indicati, e Stahl, Filosofia del diritto. II. Sezione 1. P. 308 (ediz. 2).

(5) Vedi in prima linea Vangerow, Pandette § 336. Ann. 1. e Erm. Witte, L'interd. uti poss. P. 28 seg.

potrebbe appena revocare in forse che Savigny è andato tropp' oltre in direzione opposta, nell'atto che ha sacrificato al suo punto di vista del carattere delittuoso degli interdetti il punto di partenza delle fonti per ciò che concerne gli interd. ret. poss. e si è sforzato di sottoporre a quel punto di vista anche la loro funzione nella rei vindicatio. L'interd. uti possidetis è ai miei occhi la pietra di paragone di ogni teoria possessoria. Chi è costretto a innestarvi artificialmente il requisito della violenza, contrariamente alle fonti, che in nessuna parte lo esigono, dimostra, a mio vedere, con ciò che la sua teoria non corrisponde al diritto romano. Più ancora pesa sulla bilancia il riflesso che questa teoria non si accomoda neppure al bisogno pratico, il quale esige incondizionatamente che si lasci aperta una via giuridica per la *controversia de possessione*, la possibilità cioè di provocare la decisione giudiziale sopra un rapporto possessorio, controverso bensì fra due parti, ma punto turbato da una di esse, insomma una azione pregiudiziale sul possesso. Non è necessario affaticarsi per trovare i casi nei quali è irrecusabile il bisogno di questa azione; essi si presentano numerosi (1), e se anche in alcuni si potrebbe innestare a stento il punto di vista di una retenzione di fatto del possesso, vari altri irridono e resistono a simili artificiosità. Si prenda per es. il caso del fr. 36, § 1 de poss. (41. 2). Il possesso viene tradito sotto una condizione, il tradente asserisce che la condizione non si è verificata, mentre il ricevente sostiene il contrario, il secondo, per sapere in quale condizione esso versi, vuole intentare l'interd. uti possidetis. Io vorrei sapere come si potrebbe negargliclo in base alle nostre fonti; qui si verifica indubbiamente la presupposizione del fr. 1, § 3 uti. poss. (33. 17): si inter ipsos con-

(1) Anche nelle fonti, vedasi per es. la combinazione dei passaggi in Wiederhold. L'interd. uti poss. P. 18, che potrebbe essere aumentata con altre citazioni, quali per es. fr. 35. 34 pr. de poss. (41, 2), fr. 2 Cod. ibid. (7, 32) verb. si sciente fr. 21 de usuc. (41. 3). Vedi un esempio della pratica recente in Seuffert, Archivio XVII, N. 41. In questo caso parecchi membri comunali chiesero con successo protezione possessoria contro un conchiuso preso dall'autorità curatoria della comune (Tribunale superiore di Appello di Monaco). Nello stesso Archivio VIII, N. 221, è riportato un esempio analogo, nel quale però è stata, a mio credere, a torto, rifiutata la protezione possessoria (Tribunale superiore di Stuttgart).

tendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat. Dove si trova qui la violenza o la turbativa di fatto per parte dell'avversario? Oppure due persone si disputano il possesso di una cosa, detenuta da un terzo. Costui (supponiamo per es. l'erede dell'originario detentore, che sa soltanto, che il suo ereditando esercitava il possesso per uno dei due, ma non gli consta per quale), costui, diceva, è pronto a consegnarlo a quello che si legittima quale possessore. Non si può assolutamente pretendere da esso che intenti in confronto di entrambi il processo, a rischio di soccombere in confronto di uno, e di dover pagare le spese processuali. Non resta quindi altro che permettere alle due parti di ventilare fra loro la controversia, e quale altra forma essi possono adottare a questo effetto all'infuori dello interd. uti. possidetis o utrubi? Dove si trova qui la turbativa di fatto del possesso, dal momento che nessuna delle due parti contendenti molesta il detentore? O risiede per avventura questa turbativa nella sollevazione della pretesa possessoria, che impedisce l'avversario nella realizzazione della propria pretesa? Se ciò è vero, il requisito della turbativa si riduce in ultima analisi a ben poca cosa: *A semplici parole!* Allora si renda omaggio alla verità e si dica: la presupposizione dell'inter. uti poss. non è la turbativa o violazione del possesso, ma la pretesa del possesso per parte dell'avversario, ed essa può anche essere documentata mediante parole. D' ordinario si mostra esitanza di fronte a questo partito estremo, che riconosce la possibilità della turbativa di possesso mediante semplici parole. Anche nella letteratura antisavigniana, che non era per anco influenzata dal punto di vista del delitto, si trova sempre enunciata la esigenza della turbativa, persino da quegli scrittori, che, del resto, ammettevano, per esprimermi brevemente, la funzione pregiudiziale degli interdetti (1). Soltanto pochi osavano prendere apertamente partito pelle parole (2). La nostra pratica odierna non si mostrerebbe peritante di aderire a questa opinione purchè risultasse congrua al caso (3).

(1) Per es. in Voet e Westphal citati da Wiederhold, loc. cit. p. 28.

(2) Così Lauterbac, Coll. theor. pract. 43, 17, § 8, e gli autori da esso citati. Putant quidem nonnulli, quod necessario ad turbationem facta requirantur; verum quod etiam verba sufficiant, probat fr. 3, § 2 uti poss. (?) quod fit diffamando jus in alterius re sibi asserendo.

(3) Il Tribunale superiore di Appello di Oldenburg lo ha fatto; vedi Archivio

La possibilità di questa pura funzione pregiudiziale dei preaccennati interdetti è la inevitabile conclusione dei concetti svolti sinora.

Se la protezione del possesso tende a facilitare, a completare, a perfezionare la protezione della proprietà, *per ragion di coerenza,* devesi ammetterla non solo in caso di turbativa di possesso, ma anche quando esso è controverso fra le parti, appunto come avveniva nell'antico diritto rispetto alla proprietà fino a che la reivendicatio era un judicium duplex. Per promuovere la reiv. non occorreva allora che l'attore asserisse che la sua proprietà era lesa dal convenuto, mediante retenzione della cosa, ma soltanto che essi erano discordi intorno alla proprietà, e si rivolgevano al giudice pella decisione. Ciò non vige più pella reivind. nel diritto moderno, dal momento che essa è stata convertita in judicium simplex, e assisa sulla presupposizione del possesso nella persona del convenuto, in quella vece questa possibilità si è conservata per gli interd. uti possidetis e utrubi, ai quali è rimasto inalterato il carattere di judicia duplicia. I nostri giudici possono così poco respingere una domanda formulata in quel senso, come il Pretore, alla sua epoca, la domanda corrispondente, relativa alla questione di proprietà. In questa domanda apparisce pura e genuina la questione possessoria, scevra da ogni elemento di violenza, e il possesso nell'aspetto che io gli ho dato, vale a dire quale una posizione avente un interesse di diritto patrimoniale, che non basta difendere, ove venga leso, ma che conviene anche assicurare, ove venga impugnato, in una parola, quale un rapporto attinente al diritto sulle cose. Occorre appena avvertire qualmente questo concetto venga potentemente sorretto e confermato dalla circostanza, che i giuristi romani riconoscono il possesso come un oggetto possibile delle condizioni e della restitutio in integrum (1).

di Seuffert, VII, N. 41. Parimenti il Tribunale superiore di Appello di Monaco, vedi lo stesso Archivio, XVII, 43.

(1) Fr. 2 de cond. trit. (13 3). Sed et ei, qui vi aliquem de fundo dejecit, posse fundum condici. Sed ita, si dominus sit, qui dejectus condicat; ceterum si non sit, *possessionem* condicere_Celsus ait. fr. 25, § 1 de furt. (47. 2). fr. 15, § 1 de cond. ind. (12, 6)... quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicujus rei tradidissem, condicerem. fr. 9, § 2. fr. 21, § 2 quod met. (4. 2) qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed *quanti*

VIII.

2. *Gl'interdicta recuperandæ possessionis.*

Occorre appena che io osservi qualmente gl'interdetti ricuperatorii sieno sottoposti alla nostra disamina in quanto lo esige lo scopo di questa dissertazione, vale a dire soltanto con riguardo alla questione, se anche essi stieno in armonia colla idea fondamentale del possesso da noi sostenuta.

Secondo la teoria dominante il diritto romano limita a tre casi la protezione ricuperatoria del possesso: ai due casi cioè del possesso sottratto *vi* o *clam*, e al caso del possesso accordato *precario*; pel primo e terzo caso, oltre agli interdicta ret. poss. che, anche qui erano applicabili, però con una limitazione per ciò che concerne il tempo (annus utilis e « major pars anni, ») sussistevano anche degli interdetti speciali, esenti da questa restrizione: vale a dire l'interdetto unde vi e de precario, mentre è problematica la esistenza di uno speciale int. de clandestina poss. nell'anteriore diritto.

Gli è una delle più incrollabili proposizioni della teoria sul possesso che l'interd. de precario possa aspirare pienamente alla designazione di interd. recuperandæ poss., ed io stesso ho diviso questa opinione nella prima edizione del presente lavoro. Se non che anche in questo punto sono arrivato nel frattempo a una diversa convinzione. Già nella prima edizione ho dimostrato, e svolto superiormente più davvicino, l'assunto che non si può accomodare all'int. de precario il punto di vista di una lesione delittuosa dell'altrui possesso, sul quale Savigny edifica tutta la sua teoria del proteggimento possessorio.

Allora però mi sono sfuggiti i punti che ora passo ad esporre:

1. Che nelle nostre fonti l'interd. de precario non viene mai designato come int. recup. poss.

possessio est, ejus quadruplum... consequetur. Il valore indipendente di diritto patrimoniale del possesso non può essere più chiaramente espresso di quello che lo è nell'ultimo passaggio, io però non desidererei di dover intraprendere la stima ivi richiesta dai giuristi. Sulla restitutio in integrum, vedi fr. 23, § 3 ex quibus causis maj. (4. 6). — È merito di Bruns loc. cit. p. 27 seg. di aver richiamata l'attenzione su questo punto, che non è stato valutato per tutto questo tempo.

Nessun giurista romano ha affibbiato questo nome all' interdetto, o usato per lo stesso l'espressione *recuperare* (1); nè nelle Istituzioni (§ 6 J, de int. 4. 15), nè nelle Pandette (fr. 2. § 3 de interd. 43. 1), nè in Gajo (IV, 154), nè in Teofilo (IV, 15, § 6); questo interdetto viene aggiunto all'interd. unde vi, come secondo Wint. rec. pops., anzi nell'Editto pretorio, e nelle Pandette, esso viene, mediante vari altri interdetti, separato (2) dall' int. unde vi, al quale avrebbe dovuto venire seguace come secondo interdetto ricuperatorio.

Va ciò ascritto al semplice caso? Incontrerò questa domanda nel secondo punto.

2. L'int. de precario difetta nei punti più essenziali della natura di un rimedio possessorio.

   a) Esso non presuppone necessariamente possesso nella persona del concedente:

   Fr. 18 de prec. (43. 26) Unusquisque potest rem suam, quamvis *non possideat* precario dare ei, qui possideat.

L'erede interessa il legatario, che domanda la consegna della cosa legata, di lasciargliela ancora per qualche tempo; il terzo possessore della mia cosa, in cui confronto ho raggiunta la prova della mia proprietà, la riconosce, e ottiene da me una dilazione alla consegna. In base a quel passaggio io posso farmi consegnare per forza la cosa coll'int. de precario. Eppure io non ho mai avuto il possesso della cosa. Oppure ho ottenuto io per avventura il possesso mediante constitutum poss.? Se non che questo esige detentio nella persona del rappresentante.

È vero che anche il precario può avere in mira una semplice detentio (ut in possessione esset), però, se ciò non è convenuto espressamente, il precarista ha il possesso giuridico. Epperò il concedente non può avere contemporaneamente il possesso. Se si ammette che nei casi superiori il possesso, all'atto della pattuizione del precario, passi nel proprietario, questo lo conserverebbe durevolmente, sendochè non sorvenga alcuna nuova causa, che ne determini il ritorno nel precarista; con altre parole il possesso in quei

(1) Se potesse bastare l'espressione « restituere, » che si incontra, potrebbero aspirarvi molti altri interdetti.

(2) L'int. unde vi sta nel 16 titolo del libro 43 delle pandette, quello de precario nel 26 titolo.

casi passa mediante il precario nel concedente il quale lo mantiene durevolmente, e il precarista non ha alcun possesso; oppure il precarista conserva il possesso, soltanto con mutazione di causa, nel qual caso il concedente non può conseguirlo neppure momentaneamente. Risultato: l' int. de precario non è un interdetto ricuperatorio, quantochè, se anche di regola il possesso passa dal concedente nel precarista, questo non sia un requisito del precario.

b) All' interd. de precario può opporsi la eccezione della proprietà.

fr. 4, § 3 ibid. Item si rem meam precario rogavero, rogavi quidem precario, sed *non habeo* precario, idcirco quia receptum est rei suæ precarium non esse.

« Habere precario » è la formula dello interdetto.

fr. 2 pr. ibid. Quod ab illo precario *habes*.

Se era dato al convenuto d'impugnare questo « habere precario » mediante prova della sua proprietà, l' attore doveva essere licenziato. Gli è vero che la più recente giurisprudenza romana (1) ha accolta la proposizione, che anche il proprietario può prendere a titolo precario la propria cosa dal presente possessore (precarium possessionis in opposizione al « precarium proprietatis » fr. 6, § 4 cit.); però fatta astrazione da questo caso (se viene stipulato adunque un semplice precarium; giusta le fonti: se esso è assiso sulla proprietà), il precarista, che ha intanto scoperto di essere egli stesso proprietario, ha contro l'interdetto l'eccezione della proprietà.

Come si può conciliare questa eccezione colla natura di un interdetto possessorio? Appunto in ciò consiste l' essenza degli interdetti possessorii, anche dell'int. adip. poss., che la questione di diritto è esclusa in via di principio.

c) Chi si fa promettere la restituzione del precario (mediante stipulazione) perde l'int. de precario:

fr. 15, § 3 ibid. Cum quis de re sibi restituenda cautum habet, precarium ei interdictum non competit;

mentre un rimedio possessorio e un' azione personale pella restitu-

(1) La fresca origine di questa proposizione scaturisce dalla motivazione di Ulpiano nel fr. 6, § 4 ibid.: mihi verius videtur... et est haec sententia etiam utilissima.

zione possono coesistere. Il locatore espulso dal suo affittuale può, se vuole, costringerlo alla restituzione del fondo coll'act. locati, ma nessun giurista romano ha veduto in ciò un impedimento ad accordargli anche l'int. unde vi (1).

Cosa resta del carattere possessorio dell'int. de prec. se non è dato di ravvisarlo nei punti essenziali?

Nulla, all'infuori della circostanza, che esso è rivolto alla restituzione del possesso. Se bastasse questa circostanza anche la reivind. e l'actio emti dovrebbero essere azioni possessorie. Eppertanto, a mio credere, Savigny (che prima di lui a quanto io sappia non è stato fatto questo tentativo) ha collocato l'int. de precario fra gli int. rec. poss. con così poco fondamento come gl' interdetti preaccennati fra gli int. adipsc. poss. (2).

Eliminato così l'int. de prec. noi ci limiteremo nelle seguenti considerazioni ai due casi che ancora rimangono: la violenta e la clandestina sottrazione del possesso. È noto che questo ultimo caso non ha pel diritto moderno una rilevante importanza pratica. Il possesso sulle cose immobili non va perduto clandestinamente pel diritto moderno senza saputa del possessore. Tale perdita avviene invece appena quando egli subisce l' altrui occupazione. Se l' occupante non cede volonterosamente, si può intentare in suo confronto, come sarà dimostrato in seguito, l'int. unde vi; vale a dire il diritto moderno vede in questo arbitrario apprendimento del possesso, purchè non sia rimasto nello stadio dell' attentato, una violenta dejezione. Il possesso sulle cose mobili va bensì perduto clam, di regola però un simile apprendimento cadrà sotto la nozione del furto o della difesa privata, e basteranno i rimedi giuridici che ne derivano. Invece non si può revocare in forse la possibilità di ottenere la restituzione di queste cose coll' int. utrubi.

Ad ogni modo nella critica del sistema romano dei mezzi ricuperatorii di protezione (dell'int. unde vi e dell' int. ret. poss. nella

(1) Fr. 12 de vi (43. 16). Io non so davvero comprendere perchè la circostanza, che il precario, « non viene assolutamente considerato quale contratto » debba involvere la conseguenza che l'interdetto non ha luogo, se sussiste un altro diritto petitorio, in dipendenza a un affare giuridico (Sav. p. 460); ciò dovrebbe valere anche pello int. unde vi.

(2) Qui non accadde di esaminare come si debba concepire l'int. de prec.

loro funzione ricuperatoria) dovremo porre a base amendue i casi del possesso perduto vi e clam.

Il punto di vista, dal quale, in corrispondenza alla idea fondamentale di questa dissertazione, io considero questo sistema di protezione, è diverso da quello della dottrina dominante. E, nel vero, mentre questa ritiene incontrovertibile il fatto che esso si limita ai due casi vi e clam, il mio interesse si concentra a preferenza sulla questione: donde proviene questa limitazione, come si può dessa giustificare, e corrisponde la medesima al bisogno della vita? Gli è senza dubbio assai comodo di non farsi alcun scrupolo in proposito, ma, ai miei occhi, ciò è una conseguenza dell'invalso erroneo modo di concepire il senso e la importanza della protezione possessoria.

Se la protezione del possesso, come io credo di avere sinora sufficientemente dimostrato, desume il suo motivo legislativo non dal delitto del deiciente, ma dallo interesse del possessore, dovrebbesi ammettere che entrambi procedano di pari passo, vale a dire protezione e interesse. Se non che questo non si limita in alcuna guisa al bisogno di essere garantito contro sottrazioni clandestine o violenti del possesso, ma richiede una protezione contro sottrazioni di ogni specie, senza distinzione, se esse cadano o meno sotto il punto di vista di un delitto commesso dallo avversario. Non può essere parola di delitto se taluno « bona fide » possiede come propria una cosa altrui venuta a confondersi colle sue cose, se l'acquirente di un fondo di campagna prende erroneamente a coltivare come propria una particella pertinente alle possessioni del suo vicino, o compra un pezzo di terreno dal supposto proprietario, che però in realtà non è che l'affittuale di un altro. In tutti questi casi, se la protezione ricuperatoria del possesso è alligata alla presupposizione della sottrazione vi aut clam, il precedente possessore deve insorgere in via petitoria, ciocchè in vari casi equivale alla perdita della cosa, attesa la difficoltà della prova della proprietà, e costituisce, a mio credere, una durezza punto giustificabile, che mi suggerisce la seguente domanda. È rimasta celata questa durezza al diritto romano, e per quale motivo? Rispetto alla prima parte della domanda non va dimenticato che sino a Giustiniano non esisteva questa lacuna nelle cose mobili. L'interd. utrubi, mediante il quale

cose mobili potevano essere ripetute persino in confronto di una terza persona, non era condizionato alla presupposizione di un apprendimento delittuoso del possesso, e, a mio vedere, Giustiniano ha peggiorato essenzialmente il vecchio diritto abolendo senz'altro questo interdetto. Egli avrebbe dovuto tutt'al più negarlo in confronto del terzo possessore, ma mantenerlo contro quello che è l'immediata origine della perdita del possesso. Gli interdetti ricuperatorii per cose immobili erano allo incontro, com'è notorio, limitati ai due casi principali della illegale sottrazione del possesso, vi aut clam! Io arrivo a spiegare questa cosa, ma non a giustificarla. È noto come le nozioni giuridiche, al loro primo apparire nella storia, abbiano un aspetto limitato, che, in date circostanze, non corrisponde alla loro vera destinazione, e al loro vero cómpito, e come esse se ne liberino appena in esito a un lungo svolgimento (1). Prodotti del bisogno e della esperienza, non dell'astratto pensiero giuridico. queste nozioni non sorpassano gli impulsi pratici, ai quali esse devono la loro esistenza, e si appagano sui primordi di una essenza di fatto, che riproduce il sostanziale del rapporto in forma accessibile, palpabile, ma il più delle volte troppo ristretta. Invece di molti altri esempi citerò la nozione del damnum injuria datum. Alla lex Aquilia era troppo elevata l'astratta concezione del medesimo, che si incontra nella posteriore giurisprudenza; essa la formulò del tutto concretamente: *quod usserit, fregerit, ruperit.* Nella stessa guisa procedette il Pretore rispetto agl'interdetti possessorii, nell'atto che applicò affatto concretamente ai due casi principali vi aut clam la nozione della ingiusta sottrazione del possesso. Questa formulazione poteva bastare per la maggior parte dei casi, perchè i giuristi provvedevano, con una intelligente interpretazione, che essa ottenesse la necessaria estensione (2). Però alla stessa era opposto un certo argine, dal momento che non si poteva collocare sotto la nozione della vis i tre esempi surriferiti senza sformarla completamente. Se non che ciò che non poterono i giuristi, potè la legislazione. Giusta la mia opinione la

(1) Vedi il mio Spirito del D. R. Sezione 2, p. 366 seg. (2 ediz. p. 321).

(2) Particolarmente mediante interpretazione della nozione della vis, che essi non limitavano punto con Savigny (p. 429) « alla violenza personale immediata; » vedi invece p. e. fr. 1, § 24, 29, fr. 3, § 7, 8, fr. 12, 18, de vi (43. 16) ed altri.

posteriore legislazione imperiale ha di fatto colmata questa lacuna. Questa opinione, anche nelle epoche precedenti molto diffusa, soltanto sporadicamente confutata, e confortata persino dalla autorità di un Cujaccio (1), dovette nel nostro secolo sempre più retrocedere dinanzi alla contraddizione oppostale da Savigny. Questa contraddizione non ha potuto in alcuna guisa convincermi; all'opposto io arrivo appena a concepire come la si possa sostenere, se si esaminano spregiudicatamente i relativi passaggi del Codex Theodosianus e Justinianeus. Però, se, come Savigny, si adotta quale fondamento della intera teoria del possesso la preconcetta opinione, che gl' interdetti possessorii devono essere azioni per delitto, tutto l'interesse giuridico del possesso si esaurisce con ciò che esso può essere oggetto di un delitto, — gli è naturale che per salvare questo erroneo fondamento si tenti il possibile e l'impossibile onde sbarazzarsi di quell' incomodo fatto.

Cujaccio, che Savigny stesso cita come il propugnatore principale di quella opinione, ha in forma breve e stringata raccolti i motivi, che si possono desumere dalle fonti, e ha omesso soltanto di usufruttare uno o due passaggi (2), cotalchè avrò meno bisogno di completarli che di difenderli contro le eccezioni di Savigny.

Savigny annette un grande peso alla circostanza, che Giustiniano non contempla nè nelle Istituzioni, ove all' interd. unde vi sono forse dedicate 6 linee (§ 6, J. de int. 4. 15), nè nelle Pandette, la pretesa estensione della protezione del possesso nel nuovo diritto. Se non che quante nuove aggiunte si trovano nel Codice, delle quali non è cenno in quelle raccolte! D'altronde nella innovazione in discorso non si trattava di una abolizione dell'interd. unde vi, come si potrebbe credere secondo Savigny, ma di una analoga estensione dello stesso a singoli casi determinati. E qui cade in acconcio di osservare che Giustiniano non fa cenno nelle Istituzioni della radicale innovazione, che egli, giusta l'opinione di Savigny (vedi in seguito), avrebbe introdotto nel fr. 11 Cod. unde vi (8. 4), e colla quale avrebbe abolito un principio fondamentale della precedente teoria del possesso: il requisito del possesso richiesto pell'interd.

(1) Vedi Savigny, p. 466.

(2) In prima linea nelle sue Observat. I. 20, XIX. 16.

unde vi. Di tale innovazione non è cenno adunque nelle Istituzioni, nè tampoco sono messe in armonia con la medesima le dichiarazioni dei giuristi delle Pandette.

I passaggi, che si riferiscono al cangiamento in discorso, appartengono tutti, ad eccezione di un solo tolto dal titolo del Codice de acquirenda vel amittenda possessione, al titolo unde vi del Codex Theodosianus (IV, 22) e Justinianeus (VIII, 4). Se essi per certi casi di perdita non violenta del possesso ne ordinano la restituzione, ne viene che la reivendicatio non può essere il rimedio competente nel senso dei redattori di queste collezioni, come vuol farci credere Savigny (vedi in appresso) rispetto al fr. 4, Cod. h. t. che gli riesce particolarmente incomodo, ma soltanto un rimedio possessorio, vale a dire un rimedio che presuppone soltanto la prova del possesso e della asserita sottrazione del medesimo, e quindi o lo stesso interd. unde vi o un altro analogo. Se questo o quello è una questione formale di poca importanza. — È nota l'influenza che ha esercitato la scomparsa dell'ordo judiciorum privatorum sulla nozione formale degli interdetti (1). Il vecchio concetto degli interdetti s'indebolisce e svanisce formalmente sullo scorcio del terzo secolo, e sul principio del quarto, come si scorge dalle inflessioni linguistiche, che si rimarcano nelle costituzioni di quelle epoche (2), e questo procedimento ha facilitata l'estensione della sfera di applicazione dell'interd. unde vi, nella stessa guisa che l'apparizione delle actiones in factum ha facilitato quella dell'actio legis Aquiliae. Sorge persino un nuovo nome, quello d'*interdictum momentariae possessionis* (fr. 8, Cod. unde vi, fr. 8 Cod. Theod. de Jurisd. 2. 1), di *actio momenti* (fr. 6, Cod. Theod. ibid.) o *momentaneae possessionis actio* (fr. 3, Cod. Qui legit pers. 3. 6); all'espulso compete la facultas ad repetendum *momentum* (fr. 4 Cod. Theod.), il giudice deve restituirlo nel possesso momentaneo,

(1) § ult. J. de interd. (4. 15).

(2) Così per es. il fr. 3. Cod. de interd. (8. 1): Interdicta autem licet in extraordinariis judiciis proprie locum non habent, *tamen ad exemplum* eorum res agitur. Fr. 2, Cod. unde vi (8. 4): restituendos esse interdicti *exemplo*, fr. 4 ibid. *ad instar* interdicti unde vi convenire potes. Fr. 1, Cod. si per vim (8. 5) *actionem* recuperandae possessionis.

momentariae possessioni restituere, fr. 1. Cod. Theod. (1). In un tempo, in cui la lingua è corrotta, come lo era nell'epoca imperiale inoltrata, l'apparizione di nuove espressioni non è certamente un sicuro indizio della formazione di nuovi concetti alle stesse corrispondenti. Se non che nel caso proposto la bisogna procede diversamente. Giusta la mia opinione si può ad evidenza dimostrare che sotto l'act. momentariae possessionis non si deve intendere l'interd. unde vi nel senso dei giuristi romani. Due specialità caratterizzano questa azione e la contraddistinguono dall'interd. unde vi dello antico diritto (2), la prima, di cui Savigny non fa menzione in alcuna parte del suo libro, introdotta coll'editto di Costantino nella legge 1 Cod. Theod. h. t. (fr. 1 Cod. Just. si per vim 8. 5), e brevemente compendiata nello editto di Teodosio e Onorio nella legge 3 Cod. Qui legit. (3. 6): Momentaneae possessionis actio exerceri potest per *quamcunque personam*. La seconda innovazione si è la dilatazione del concetto dell'ingiusto apprendimento del possesso al di là del concetto della vis, dilatazione di cui ci occupiamo. Essa viene documentata in un modo incontrovertibile da numerose testimonianze. Non solo allato della vis è riconosciuta la possibilità di una diversa turbativa del possesso,

- Rubrica al lib. VIII, 5 Cod.: si per vim *vel alio modo* absentis perturbata sit possessio;
- fr. un Cod. ubi de poss. (3. 6): ubi vis facto dicitur *aut* momentaria possessio postulanda est;

non solo viene resa perspicua la rilevanza di questa differenza in linea criminale,

(1) Una qoantità di altri passaggi con eguali inflessioni vedi nel commentario di Jac. Godofr. al suddetto titolo del Cod. Theod. tom. I, p. 449 (ed. Ritter).

(2) Jac. Gotofr. loc. cit. ne riporta niente meno di 12. La qoestione se non merita di essere accennata come terza specialità la rapidità della procedura, che rispetto all'act. mom. viene accentuata in varii passaggi (per es. Cod. Theod. fr. 5 de denunt. 2. 4: juris suffragium, qood in celeri reformatione consistit fr. 4 unde vi 4. 22: celeri redhibitione fr. 1 utrubi 4. 23: celeri reformatione fr. 3 ad leg. Jul. de vi 9. 10 amissae possessionis jora reparentur eademque protinus restituta. Cod. Just.: fr. 6 unde vi 8. 4. illico reddatur, fr. 14 de agric. 11. 47 ed altri) dipende dalla nota controversia sulla natura sommaria degli interdetti nel diritto classico.

fr. 5 Cod. h. t. Invasor locorum *poena* teneatur legitima, si tamen *vi loca* eadem invasisse constiterit. Nam si *per errorem* aut *incuriam domini* loca ab aliis possessa sunt, *sine poena* possessio restitui debet (1);

fr. 8 ibid. Momentariæ possessionis interdictum, quod *non semper* ad vim publicam pertinet vel privatam, mox audiri, interdum etiam sine inscriptione meretur (2);

ma viene anche riconosciuto nei rispettivi titoli, in una serie di casi, l'obligo alla restituzione di un possesso ottenuto in modo ingiusto, e questo obligo non può in alcuna guisa essere assoggettato al punto di vista della vis.

Prima di comunicare questi casi mi si consenta d'incontrare gli appunti, coi quali Savigny cerca di snervare la forza probatoria delle surriferite quattro testimonianze. Egli crede di poter eliminare la citata rubrica nel seguente modo. La legge 2 del titolo, alla quale soltanto può riferirsi l'espressione « vel alio modo », dispone che in una controversia lo stato di possesso non può essere alterato nè da un rescritto dello imperatore, nè da un decreto del giudice, se una parte è assente. Evidentemente essa concerne soltanto il possesso, ed è stata unicamente inserita dai compilatori in un punto meno adequato. Io devo decisamente negare questo ultimo assunto. Una disposizione, che attiene tanto al processo che al possesso, può essere innestata in amendue le materie, come è difatti avvenuto per parte dei compilatori di Giustiniano rispetto alla preaccennata prima specialità dell'act. momentaneae poss. Il citato passaggio è preso dalla legge 5 Cod. Theod. unde vi (4. 22), e quindi persino i compilatori del Cod. Theod., ritenevano assai importante la relazione di questa disposizione col possesso, la qual cosa si concepisce di leggeri colla scorta della presente nostra esposizione.

Che i redattori poi del Cod. Just. non si sono uniformati spensieratamente a questo procedimento, che in quella vece la posizione sistematica di questo passaggio ha attirata la loro attenzione, risulta

(1) Il passaggio costituisce la proposizione finale della l. 1. Cod. Theod. fin. reg. (2. 26).

(2) Dal *non semper* di questo ultimo passo risulta, che l'interd. o l'act. momentariae possess. abbraccia anche i casi dell'interd. unde vi.

ad evidenza dal riflesso che essi non lo lasciarono sotto il titolo unde vi (VIII, 4), ma lo portarono sotto il titolo nuovo da essi creato (1). Nel senso dei compilatori del Cod. Theod. il caso, cui si riferisce quel passaggio, appartiene indubbiamente alla dilatata sfera di applicazione dello interd. unde vi. I compilatori di Giustiniano, che avevano presente questo fatto, non potevano segnalare con maggiore chiarezza la dilatazione della sfera di applicazione di questo interdetto che inserendo fra i titoli unde vi (VIII, 4) e uti poss. (VIII, 6) il relativo titolo, nel quale essi comunicano due innovazioni di principio dello antico diritto.

Savigny non ha punto valutato il secondo dei passaggi surriferiti che, a quanto mi consta, non è stato usufruttato da alcuno. Quanto al terzo egli solleva nuovamente l'appunto della disadatta sistematica posizione — appunto questo, che, sia detto per incidenza, è un'arma a doppio taglio in bocca di Savigny, sendochè l'unico argomento, sul quale egli appoggia la sua nota opinione, per cui l'interd. unde vi sarebbe stato esteso nel diritto moderno alle case mobili, sia — l'assunzione della l. 7. Cod. h. l. (sulle pene della difesa privata nella sottrazione del possesso) nel titolo: unde vi! Gli è una strana contraddizione quella di dichiarare in un caso come affatto sfornita d'importanza la inserzione di un passaggio in un titolo determinato, e di attribuirle nell'altro caso una importanza feconda di conseguenze — di affibbiare in un caso ai compilatori completa spensieratezza in relazione a questo punto, e di encomiarli nell'altro caso per averlo attentamente valutato, mettendone in rilievo la breviloquenza, che, in questa estrema esagerazione, meriterebbe più presto biasimo che lode. Egli ravvisa un sostegno per l'appunto mosso rispetto a quel passaggio nella circostanza che ivi è detto: per errorem vel incuriam domini, anzichè possessoris, dizione questa che accenna « abbastanza chiaramente » alla reivindicatio.

Si può difficilmente comprendere come un Savigny abbia potuto servirsi di una obbiezione così inane, ch'egli stesso in altro incontro passa sotto silenzio (2), cotalchè non le conviene altra confutazione

(1) Anche i compilatori delle Basiliche lo collocano nel possesso, lib. 50, tit. 5, l. 52.

(2) E, nel vero, collo stesso diritto, con cui lo fa nel superiore passaggio, egli potrebbe riferire alla reivindicatio anche le parole della l. 12 Cod. de poss.

che il semplice richiamo ai molti passaggi, nei quali il « dominus » intenta gl'interdetti possessorii, e di cui è stato superiormente parola.

Il quarto passaggio dinoterebbe da ultimo che si danno dei casi nei quali è possibile il vecchio interd. unde vi, non così un'accusatio ex lege Julia. Savigny è rimasto in debito della prova, in quanto che non è punto giustificata l'asserzione che non venga affatto commesso un crimen vis nel caso, che egli crede di poter usufruttare: quando cioè taluno in assenza del possessore ne occupa il fondo senza speciale violenza, e il secondo non osa ritornare. Questa asserzione non solo non trova alcun puntello nella teoria dei pandettisti (1), ma mette Giustiniano in contraddizione con sè medesimo, dal momento ch'egli dispone espressamente nella l. 11 ibid., che anche un simile occupante deve essere trattato come « praedo. »

Volgiamoci ora ai singoli casi, nei quali il nuovo diritto ha ammesso l'interd. o l'act. momentariae possessionis. Eccoli:

1.° Il caso dello *errore*. In base alla surriferita l. 5 Cod. h. t. potevasi disputare se sotto l'espressione « per errorem » fosse compreso soltanto l'errore del precedente possessore, o anche quello dell'occupante. Tutto dipende dalla circostanza se si riferisce l'aggiunta domini anche alla espressione per errorem, o soltanto all'altra per incuriam. Pella legge 11 ibid. non può revocarsi in forse che l'obbligo alla restituzione ha luogo anche in caso di errore dell'occupante, subitochè Giustiniano rigetta qui espressamente il sotterfugio, che, a quanto pare, veniva volontieri utilizzato nella occupazione dei fondi di assenti, vale a dire che si considerava falsamente come proprio il fondo dell'avversario (ridiculum etenim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem quasi propriam occupaverit, omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere). È manifesto l'interesse pratico di questo caso. Nella mutazione della proprietà di fondi di cam-

(7. 52): nihil penitus domino praejudicii generetur, mentre qui (p. 572) egli punto si perita di applicarle alla continuazione del possesso.

(1) Si confrontino p. e. i seguenti passaggi del titolo ad leg. Jul. de vi privata (48. 7), che accentuano soltanto il momento di fatto dell'apprensione di cose aliene, senza far menzione della violenza contro il possessore: fr. 3, § 2, per injuriam *ex bonis* ablatum quid, fr. 7, si in rem debitoris intraverint nullo id concedente; fr. 8. sine auctoritate judicis res debitoris occupet.

pagna, mediante successione o vendita, può accadere che il nuovo proprietario non abbia esatta contezza della sua possessione, e per errore prenda in possesso più o meno di quanto gli compete. Se nel primo caso il suo vicino approfitta di questo errore per appropriarsi un pezzo, o nel secondo caso egli in quella vece non se ne accorge, si avvera un cangiamento nel rapporto possessorio, occasionato da errore, che, giusta l'anteriore diritto romano, poteva essere invalidato soltanto colla reivind., e non con un rimedio possessorio (1). Il bisogno di un soccorso era qui incontrastabile, essendo, a mio vedere, una durezza ingiustificabile l' esigere dal proprietario la prova della proprietà in confronto di un avversario che, come può dimostrare, gli ha sottratto il possesso senz' alcun fondamento giuridico. Soltanto chi, sconoscendo il vero scopo della protezione del possesso, si fabbrica da sè una nozione scolastica e soverchiamente ristretta, e la colloca al di sopra degli interessi della vita, può disapprovare che il posteriore diritto abbia esteso a questo caso il concetto della injusta possessio. Cosa rileva pell' interesse del possessore — e questo dovrebbe essere il solo punto di aspetto decisivo nella soggetta materia — che l'avversario gli abbia sottratto il possesso con violenza o in altro modo? Basta che ciò sia avvenuto injuste, contro la sua volontà, e che il possesso sia riconosciuto in via di principio quale un rapporto meritevole e bisognevole di protezione. Non va poi dimenticato che spesso può essere dubbio, se l'azione del terzo debba qualificarsi come apprendimento del possesso, o come semplice tentativo. Ammesso che nel caso superiore il proprietario, che si trova sulla sua possessione (perlocchè qui non trovano applicazione i principj intorno alla perdita del possesso sopra fondi di assenti), rilevi appena in primavera, che il suo vicino ha coltivato e circondato di siepi in autunno una lontana particella del suo fondo. Gli è stato qui turbato o sottratto il possesso? Se il giudice si decide pella prima opinione, all' attore basta il possessorio, vale a dire la prova del suo *possesso;* se il giudice si decide pella seconda opinione, l'attore deve dar di piglio

(1) Fr. 27, § 1, de usurp. (41. 3). Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore abfuerit. La « negligentia domini » di questo passaggio corrisponde alla « incuria domini » del superiore.

al petitorio, vale a dire fornire la prova della sua *proprietà*. Quale sarebbe la conseguenza di un simile precetto giuridico? Che giudici di un certo tatto pratico si dichiarerebbero ad ogni costo pella continuazione del possesso.

2.º *Infedeltà del rappresentante.* Se il detentor alieno nomine abbandonava a un terzo il possesso del fondo, il proprietario non aveva, pel vecchio diritto, alcuna protezione possessoria in suo confronto, ed era esclusivamente limitato ai rimedi petitorii. Questo era evidentemente un grande pericolo pel proprietario. L'affittuale per tal modo poteva in vari casi fargli perdere la sua cosa, dappoichè, com'è noto, la prova della proprietà, che sorte così spedita dalla penna del teoretico, sia in realtà assai più difficile che sulla carta. Merita il nuovo diritto un rimprovero per aver empiuta questa indubbia lacuna? In un caso speciale ciò era stato fatto dalla l. 1, § 1, Cod. h. t. (fr. 2, Cod. Theod. h. t.) di Graziano e Valentiniano (382), della quale sin qui non abbiamo fatto uso pella nostra questione, vale a dire nel caso che tutori in collusione fra di loro avessero ceduto all'avversario il possesso del loro pupillo. I pupilli non dovevano soffrire per questa « culpa temeritatis alienae, sed illico quidem possessio ei, a quo ablata est, reddatur. » Che qui si ha in mira un rimedio possessorio, lo mostra la posizione del passaggio sotto il titolo: unde vi, nonchè l'accenno alla celerità della procedura (*illico* reddatur), che, secondo il posteriore uso linguistico, è il sicuro distintivo dell'act. mom. poss. (1). Diocleziano aveva fatto la stessa cosa nella l. 5, Cod. de poss. (7. 32) rispetto al caso della vendita per parte dell'affittuale. Siccome egli adopera qui la espressione: *domini tui jus non convelli*, potrebbesi credere che egli volesse indicare la reivind. Che ciò non è, che l'imperatore invece ha dinanzi agli occhi la protezione del possesso, risulta non solo dalla rubrica: de acquirenda et *retinenda possessione*, ma anche dalla proposizione contemplata nel principio del passaggio: nemo causam *possessionis* sibi mutare potest, fatta astrazione dalla banalità della proposizione, che in caso diverso si dovrebbe mettere in bocca allo imperatore, che cioè l'affittuale non può privare il locatore della sua proprietà. Giustiniano nella l. 12, Cod. de poss.

(1) Vedi i passaggi citati da Jac. Gothofr. loc. cit.

(7. 32) estese in generale questa disposizione al rapporto di rappresentazione nel possesso:

> ut sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cujuscunque rei dereliquerit vel alii prodiderit desidia forte aut dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praejudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat.

Eppertanto il proprietario non deve soffrire in esito a quella emergenza, vale a dire la cosa deve essergli restituita, e, notisi bene, non in base alla sua *proprietà*, ciocchè, a quanto mi consta, non è stato asserito da alcuno, neppure da Savigny che avrebbe potuto così bene sostenerlo, a causa della parola *domino*, come rispetto alla legge 5, Cod. unde vi (p. 91) — ma in base al suo *possesso*. Le opinioni divergono però, sin dall'epoca dei glossatori, sul modo con cui si deve concepire giuridicamente il rapporto, se cioè debba ammettersi la *continuazione* o la *cessazione* del possesso (1). Occorre appena avvertire che Savigny difende la prima opinione, quantochè la seconda sta in aperta contraddizione col suo concetto sulla natura limitata della protezione ricuperatoria del possesso.

L'unico punto di appoggio per questa opinione si è il fr. 3, § 6—9 de possess. (41. 2) di Paolo, dal quale egli cerca di ricavare, che giusta l'assunto di questo giurista il possesso non continua soltanto nel caso accennato espressamente dal medesimo, quando cioè il rappresentante semplicemente si allontana, ma anche nel caso ch'egli abbia consegnato ad un altro il possesso. Se non che rispetto all'ultimo caso Africano e Papiniano insegnano il contrario nel fr. 40, § 1, fr. 41, § 2 ibid (1), senza lasciare adito neppure alla possibilità di una opinione diversa. Oltracciò devesi riflettere, che, se Paolo va inteso nel senso voluto da Savigny, egli esprimerebbe la sua pretesa opinione contraria, in un modo che si potrebbe difficilmente conciliare con

(1) Savigny. p. 374.

(2) Il fr. 33, § 4, de usurp. (41. 3) sembra avere dinanzi agli occhi soltanto cose mobili, rispetto alle quali, com'è noto, la perdita del possesso veniva in precedenza diversamente regolata.

una così rilevante divergenza di vedute (§ 9 cit. nam constat nos possidere donec, etc.). Rudorff (in Savigny p. 686) aggiunge alle preaccennate testimonianze la conosciuta notizia, riportata da Gellio (XI, 18, § 13), e tolta dall'opera di Sabino de furtis, sulla condanna dello affittuale a titolo di furto, per aver venduto il fondo, e per tal modo « possessione ejus dominum intervertisset, » ed io, a mia volta, posso addurne un'altra, vale a dire la l. 3, § 1 Cod. unde vi, in precedenza utilizzata, che enuncia altresì la perdita del possesso nella persona del pupillo (possessio ei, a quo *ablata* est, reddatur) come conseguenza della dolosa consegna del possesso per parte del tutore.

L'interesse pratico di questa differenza non è irrilevante neppure nella questione della protezione del possesso, fatta del tutto astrazione dalla usucapione. Amendue le opinioni tendono, è vero, a far riacquistare al possessore il possesso, che gli è stato sottratto di fatto. Però, mentre, secondo l'opinione di Savigny, il possessore non appena ha rilevato lo stato delle cose deve prendere delle misure giudizialmente o stragiudizialmente per rappresentare il possesso come ancora sussistente, perchè altrimenti lo perde, e non può quindi avvantaggiarsi del rimedio ricuperatorio attesa l'assenza della vis, l'opinione opposta gli lascia aperto l'interd. unde vi per tutta l'epoca prescrizionale, con avvertimento che questo interdetto è operativo anche in caso di alienazione (1), non così l'interd. uti possidetis, che presuppone il possesso attuale nella persona del convenuto.

3.° *Disposizione giudiziaria illegale.* — Il principio della invalidità di un cangiamento di possesso, in esito a una disposizione giudiziaria illegale, è riconosciuto dal Codice Giustinianeo in due passaggi, nella l. 2, Cod. si per vim (8. 5), e nella l. 3 Cod. qui legit. (3. 6). A termini del primo passaggio, un rescritto imperiale o una disposizione giudiziaria, che pronuncia la trasmissione del possesso, non possono essere eseguite in assenza dell'attuale possessore (2). La contravvenzione di questo divieto cade sotto il punto

(1) Persino può essere proposto contro quello, che ha soltanto cacciato il possessore senza appropriarsi il possesso, fr. 4, § 22, de usurp. (41. 3).

(2) Vedi J. Gothofredus alla legge 1, Cod. Theod. unde vi (tom. I, p. 452) sulla necessità di provvedere agli assenti onde preservarli da questa ed altre misure surrettizie rivolte a toglier loro il possesso.

di vista espresso nella rubrica del titolo: si (per vim) vel *alio modo* absentis *perturbata* sis possessio; donde la conseguenza che la restituzione della cosa in base al semplice possesso, non alla proprietà, scaturisce spontanea dalla posizione e formulazione del titolo (1). Il secondo passaggio dispone: l' immissione giudiziaria nel possesso, ottenuta per sorpresa (sub colore adipiscendae possessionis obreptitia petitio), particolarmente se l' avversario non è stato inteso, non può portargli nocumento e l'eventuale esecuzione dell' ordine d' immissione può essere invalidato mediante l' act. momentaneae possessionis (2). Il nesso del passaggio non si presenta del tutto chiaro di primo lancio, ma può essere posto fuori di ogni contingenza con riferimento alla preaccennata ordinanza di Costantino, contenuta nella l. 1, Cod. Theod. h. t. Essa disponeva, che, se « la possessio absentis, quam propinquus vel amicus vel servulus quolibet titulo retinebat, quolibet pacto ablata sit » questi detentori dovessero essere abilitati a promuovere l'act. moment. poss. e il fr. 4 ibid. accordava questa facoltà a tutte le persone prossime all'assente (servis, amicis, parentibus, proximis vel libertis) persino indipendentemente dalla presupposizione della detenzione. Nell'atto che la succitata l. 3 colloca in prima linea questa proprietà dell'azione, di essere cioè un'azione popolare (Momentaneae possessionis actio exerceri potest per quamcunque personam), ne fa applicazione al caso accennato della immissione giudiziale in possesso ottenuta per sorpresa, caso che quei due passaggi non avevano escluso, ma neppure, è vero, espressamente menzionato (3). L'azione, che durante l'assenza del possessore viene nel suo inte-

(1) Nel Cod. Theod. il passaggio sta come fr. 5 nel titolo unde vi, parimenti il successivo come fr. 6.

(2) Vedi Bruns opera cit. p. 72, 73, sulla questione, prima assai dibattuta, se l'interd. unde vi sia ammissibile anche contro esecuzioni illegali dell' autorità. Bruns la risolve affermativamente, e a ragione, in base all' analogia del fr. 3, § 1, quod met. (4. 2).

(3) E, nel vero, se anche la l. 1, cit. usa l'espressione dejecti e violentia, le altre sortite suonano affatto generalmente « cujuslibet rei possessione *privati*, *quolibet pacto* poss. ablata » (Così Hänel colla scorta dei migliori manoscritti, altri congiungono il quolibet pacto con peregrinatur, al pari della l. 1, Cod. si per vim 8. 5) » status, qui *per injuriam sublatus* est, parimenti la l. 4: si perturbatus possessionis status sit vel direptum aliquid, quae probantur ablata.

resse accordata a ogni terzo, compete a fortiori allo stesso possessore, sia ch'egli fosse presente o assente all'epoca dell'apprendimento del possesso per parte dell' avversario. La prova deve aggirarsi sul possesso e sulla invalidità del decreto d' immissione.

La l. 2, Cod. Theod. unde vi (4. 22) contiene ancora un altro caso di una congenere surrettizia apprensione del possesso, all'ombra del diritto, vale a dire mediante abuso di un rescritto imperiale (neque vulgato rescripto neque adversario solenniter intimato), oppure mediante falsa allegazione di una sentenza passata in giudicato allo scopo d' intimorire il possessore (1). Che anche in questo caso dovesse accordarsi un' azione possessoria lo prova la inserzione del passaggio sotto il titolo unde vi. Nella l. 6 pr. del corrispondente titolo del Codice Giustinianeo tale passaggio fu sfigurato in modo da non poterlo riconoscere.

4.° *Apprensione del possesso di assenti.* — Nella l. 11 Cod. unde vi (8. 4) Giustiniano dispone, che quelli, « qui *vacuam* possessionem absentium sine judiciali sententia detinuerunt » dovessero risguardarsi quali grassatori, e che rispetto agli stessi dovesse valere ciò che l'antico diritto avea ordinato contro i secondi per ciò che concerne la restituzione del possesso. Che qui sia sottinteso l' interd. unde vi non viene punto contraddetto, neppure da Savigny. Soltanto è controverso ciò che si debba intendere sotto *vacua* possessio, o, come vuole Savigny (2), un possesso *che andò perduto* in seguito all' assenza del possessore (la possessio del fr. 37, § 1 de usurp. 41. 3, quae ex negligentia domini vacat) oppure un possesso ancora sussistente in quel momento, sebbene non esercitato dallo stesso possessore o da un rappresentante. Rifletlasi, p. e., al caso che gli affittuali o gli schiavi si sieno allontanati (3). Io sto pella esattezza della seconda opinione. L'opinione di Savigny accolla a Giustiniano la mostruosità di aver creata una protezione pel possesso abbandonato dallo stesso possessore.

Tale opinione non può d' altronde conciliarsi in alcun modo col

(1) Vedi il resto in Jac. Gothofredus su questo passaggio (p. 474).

(2) Dopo le deduzioni di Bruns negli annali di Bekker e Muther IV, P. 68, questa opinione è « ora indubbiamente posta fuori di contingenza. »

(3) Qui secondo la teoria dei giuristi romani il possesso continua a sussistere, vedi in seguito XIV.

suo giudizio sul diritto anteriore. Questo, die' egli, non accordava alcuna protezione possessoria al possessore: « *violentia* in ablatam possessionem minime praecedente. » Se non che qual vecchio giurista, in un caso, in cui mancava il possesso, avrebbe omesso di mettere in rilievo questo potente motivo della impossibilità della protezione possessoria, anzichè cercarlo nella vis, che qui non era concepibile; questo spediente rassomiglierebbe al contegno di chi, per difendersi contro la incolpazione di aver ucciso un individuo già freddato da un terzo, non allegasse la circostanza che l'altro era già morto, ma il riflesso che il colpo da lui menatogli non poteva togliergli la vita. Chi nel superiore rapporto cercava esclusivamente lo impedimento della vis, confessava con ciò implicitamente l'esistenza del possesso. Notisi poi che Giustiniano mette in bocca agli occupanti la scusa: quod per ignorantiam rem alienam quasi propriam occupaverint, mentre, sotto la presupposizione che la cosa non era posseduta da alcuno, essi avrebbero potuto pienamente giustificarsi in forma legale richiamandosi a questo fatto (1). Amendue questi riflessi inducono il convincimento, che nella questione sottoposta alla decisione dello imperatore si trattasse di un sussistente rapporto possessorio, e alla sua relazione, che il vecchio diritto in questo caso non accordava al possessore alcuna protezione possessoria contro la sottrazione del possesso, perchè il concetto della vis non trova alcuna applicazione rispetto alle cose, devesi, a mio credere, aggiustare piena credenza sino a che venga allegata una testimonianza

(1) Fr. 37, § 1 de usurp. (41. 3). Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet etc. fr. 4, § 28 ibid. Item si occupaveris *vacuam* possessionem, deinde venientem dominum prohibueris, non videberis vi possedisse. La l. 8, Cod. de omni agr. des. (9. 58) autorizza persino ognuno a coltivare, purchè ne abbia voglia, fondi incolti e per ciò sfuggiti al possesso del proprietario « agros domino cessante desertos » (vedi in seguito XIII). Giustiniano non poteva, senza cadere nella più grossolana contraddizione con sè medesimo, eccitare in un passaggio ad un atto, contro il quale commina in un altro passaggio pene severe. Nè corrisponde a questo assunto la l. 4, Cod. de poss. (7. 32) che riconosce espressamente, come, fatta astrazione dal caso della « metus necessitas » il lungo abbandono del fondo ridondi a « praejudicium » del possessore, vale a dire importi la perdita del possesso.

qualunque pella contraria opinione. Io non ne conosco alcuna (1). In nessuno dei passaggi, che si riferiscono al caso, viene accordato l'interdictum unde vi al possessore privato del possesso, il quale si acquieti a tale sottrazione dopo averne avuta contezza. In quella vece per dar fondamento allo interdetto si esige sempre che il possessore si porti sulla faccia del luogo, e provochi per tal modo la possibilità di una opposizione contro la sua persona, e lo stesso Savigny ha designata la « violenza immediata personale » quale presupposizione dello interdetto. L'antico diritto non accordava alcun soccorso possessorio a colui che rifuggiva da questo passo, che non era affatto sicuro e scevro da pericoli, o che non poteva intraprenderlo a causa di assenza, e gli restava ancora aperta la reivind. Se non che non è soltanto la testimonianza di Giustiniano, sulla quale io assido questa opinione, ma io la trovo già marcata chiaramente nelle espressioni, delle quali si servono i giuristi romani rispetto ad amendue i casi della perdita del possesso nei passaggi citati nella nota 1 e nel fr. 3, § 8 cit. Il giurista dice rispetto al caso in cui il possessore non osi per paura accedere al sito: amisisse cum possessionem, mentre è manifesto ch'eg'i poteva aggiungere la parola vi; nel fr. 7, ibid. si riproduce la stessa espressione, e specialmente quivi è molto significante l' omissione dell'aggiunta vi, sendochè il fr. 6, § 1, che sta col primo in intima connessione, pel caso: « si revertentem dominum non admiserit », aggiunga espressamente la parola vi (vi magis intelligi possidere, non clam), e finalmente il fr. 25, § 2 ibid. designa il modo, in cui avviene, nel caso superiore, la perdita del possesso colle parole: animo desinamus possidere. Come si accorda questa designazione colla ipotesi di una dejezione, in forza della quale il possesso va notoriamente perduto non animo ma corpore?

Ma, io vorrei ancora domandare, come si attaglia quell'ipotesi alla stessa teoria di Savigny? Misconoscendo il superiore rapporto egli si è messo sopra un terreno assai ripido. E, nel vero;

(1) Anche Bruns' loc. cit. p. 70, che propugna la contraria opinione, deve concedere, che i passaggi, che vengono allegati, il fr. 3, § 8 fr. 7, fr. 25, § 2 de poss. parlano: « propriamente soltanto della perdita del possesso, e non della competenza dello interdetto ».

egli si vede anzitutto costretto a mettersi in contraddizione colla sua stessa definizione della vis, presupposta nel interd. unde vi, e ch'egli considera come « *una violenza immediatamente personale*, attalchè questo concetto si converte in una caricatura o negazione di sè stesso. Se l'arbitraria occupazione del fondo senz'altro, sia che il possessore si presenti o meno, contiene una immediata personale violenza, quale si è la violenza, che non merita questo predicato? A quale scopo allora viene accentuata mediante l'aggiunta « immediata » la personale direzione della violenza? In questo caso si può anche al furto imprimere il suggello della rapina! « Ma, dice Savigny (p. 131), gli è affatto indifferente che sia stata realmente esercitata violenza, o la stessa sia stata evitata in seguito a fondato timore, purchè il pericolo non fosse *futuro*, ma *immediato* e *presente*; ed è parimenti irrilevante che il possessore venga cacciato dalla sua casa, o gli venga impedito l'ingresso nella medesima. » Premesse queste considerazioni egli trova — « in piena regola — che il possessore, la cui casa è stata occupata, in sua assenza, possa spiegare in qualità di dejectus l'interdetto, se anche non ha fatto neppure il tentativo di sostenere il suo possesso con violenza. » Davvero che se l'opera, in cui si trova questa deduzione, non portasse in fronte il nome di Savigny io non potrei ammettere la possibilità che essa sia sortita dalla sua penna. Ebbene, io ricevo la notizia che un altro si è impossessato della mia casa, voglio supporlo una volta, colla ferma intenzione di difendere il possesso colle armi alla mano. In questo caso non sussisterebbe per me « un pericolo futuro, » ma un pericolo « immediato e presente! » Se ciò è vero, cosa resta — ripeto la domanda — pel « pericolo futuro che non sia immediatamente presente? » Nulla, appunto come nel caso « della violenza personale non immediata. » Ogni violenta apprensione del possesso, in caso di assenza, contiene allora e una violenza personale immediata contro di me, e un pericolo personale immediato per me. Ma come sappiamo noi che l'occupante ha realmente la intenzione di sostenere il suo possesso, all'occorrenza, colle armi? Una povera famiglia ha piantati i suoi quartieri d'inverno nella casa vuota annessa al mio giardino, nel magazzino, o in una mia capanna, oppure il compratore del terreno ha per mero errore preso a coltivare un fondo vicino di mia ragione. Qual pericolo mi mi-

naccia se io mi porto colà per difendere il mio possesso « facile expulsurus finibus, simulatque sciero » come dice la l. 18, § 3, de poss. (41. 2)? Ammesso però anche, che io, per eccessivo timore, rifugga da questo partito, la mia paura non supplisce per certo alla vis nella persona dello avversario. Se non che come faccio io a dimostrare questa vis se non gli ho fornita la possibilità di spiegarla? Oltracciò in qual modo posso io provare la mia stessa paura? Eppure ciò è necessario, in quanto che se io, non per paura, ma in generale ho omesso di difendere il mio possesso, quello dell'avversario non sia una vitiosa possessio dal momento che ha cominciato colla mia volontà. » Così Savigny a pag. 350. Chi non rinuncierebbe del tutto all'interd. unde vi piuttosto che sobbarcarsi a due prove impossibili l'una come l'altra: la prova che il mio avversario avrebbe spinto le cose sino al punto di opporre violenta resistenza, se io fossi comparso, e l'altra che il motivo della mia non comparsa non fu determinato dalla comodità, ma dalla paura di maltrattamenti personali? L'interdetto in questa forma non agisce nel mondo esteriore, ma nell'anima delle due parti, il giudice, che vuole applicarlo, deve avere la dote di leggere nel cuore, e di presentire avvenimenti e risoluzioni future.

I giuristi romani evitavano queste difficoltà semplicemente col non far cenno dell'interdetto in quel caso.

Giustiniano, riempiendo questa indubbia lacuna, e risparmiando al possessore la fatica e il pericolo di essere espulso personalmente, ha agito assai bene, a mio modo di vedere, e a torto Puchta (Pandette § 135 Not. c.) chiama la via battuta dal suddetto imperatore, « una via arbitraria » atteso il difetto di due essenziali presupposizioni: « violenza patita, e perdita del possesso. » Difatti, rispetto all'ultima presupposizione, Puchta dimentica che il possesso va perduto se il possessore nulla fa per conservarlo (XIII), e, rispetto alla prima, la sua opinione si riduce in fondo alla pretesa ingenua che i possessori mettano a pericolo la loro pelle, e si procurino l'interdetto a prezzo del loro sangue, e ciò soltanto per salvare la nozione scolastica della vis. Nella vita ordinaria si concepisce diversamente la differenza di valore, che qui intercede fra i due beni in discorso.

Io chiudo qui l'esposizione dello sviluppo dell'interd. unde vi nel

nuovo diritto. Poco monta che la si designi come un' analoga estensione di questo interdetto, oppure, colla espressione conforme alle sorgenti, quale int. o act. momentaneae poss. Il nome non influisce sulla cosa. Mi è inconcepibile come si possa ignorare, o impugnare questo sviluppo, e se Savigny vi è riuscito sino al punto che di tale sviluppo non è più cenno in alcuno dei suoi successori (1), ciò prova luminosamente la potenza delle opinioni preconcette, e la fatale influenza che può esercitare l'autorità di un nome celebre anche nella nostra epoca, che vanta tanto spirito critico. Chiamo fatale tale influenza, dappoichè lo scarto di quella estensione, introdotta dal nuovo diritto, sia, a mio credere, una delle meno indipendenti, e meno pregevoli prestazioni della posteriore epoca imperiale. Lo sviluppo, compiutosi nel nuovo diritto, è il passaggio dalla forma della ingiustizia, circoscritta alla semplice vis, al pensiero della ingiustizia pura, della « quaecunque injusta causa amissionis, » come stava scritto nell'act. spolii. È patente (2) la simiglianza, che si riscontra fra questa azione, e il rimedio giuridico, di cui noi ci occupiamo, e appunto questa circostanza, atta a screditarlo agli occhi di taluni, lo raccomanda ai miei. E, nel vero; chi fin da principio in ogni trasformazione della teoria romana del possesso, in un' epoca posteriore non vede una corruzione e un traviamento, ingenerati da un malinteso o da ignoranza, un'apostasia dall' unico salutare evangelio della teoria di diritto romano, ma chi, al pari di me, è compreso della convinzione, che una configurazione giuridica, che non sorge una sol volta transitoriamente per poi scomparire, ma si estende a molti secoli e generazioni, e si sostiene in onta a tutte le opposizioni, déve la sua origine a un irresistibile impulso pratico, vedrà una prova luminosa di autorità interna, e di forza insormontabile nel pensiero superiore, che sa imporsi per ben due volte, in epoche distanti l'una dall'altra, e, come sembra, la seconda volta affatto

(1) Tutt' al più potrebbe citarsi Sintenis, Diritto civile comune, II, § 124. Ann. 48, il quale cerca di mettere in connessione l'act. spolii e l'act. moment. poss. senza avere però dell' ultima una netta percezione; quindi Brinz Pandette I, P. 86.

(2) Essa viene posta in risalto anche da vecchi giuristi, p. e. da Cujaccio, Obs. XIX, 16: generale interdictum restitutorium momentariae possessionis, quod hodie beneficium redintegrandae possessionis vocamus. Perez l. c. § 14.

indipendentemente dalla prima. Come si può sconoscere questa autorità? Si dimentichi per un momento il così detto interesse scientifico, che vede per sè un pericolo nella minaccia dei concetti ereditati dai giuristi romani, e si proponga spregiudicatamente la questione, se si possa in qualche modo giustificare, che nei casi, in cui la sottrazione del possesso cade sotto la nozione della vis, basti la prova del possesso, e per inverso in tutti gli altri casi si esiga quella della proprietà? Se si riconosce il possesso come un rapporto da proteggersi giuridicamente, perchè gli si accorda soltanto mezza, e non intera protezione? È per avventura questa mezza protezione, dalla quale non può emanciparsi il vecchio interd. unde vi, un vantaggio dell'anteriore diritto romano, in modo da doverlo ad ogni costo mantenere, o non è dessa piuttosto una cosa incompleta, alla quale si deve accordare una certa autorità storica, pel solo motivo che i giuristi romani, vincolati dalla formulazione dello interdetto, non erano in grado, nella interpretazione dello stesso, di dare alla nozione della vis una estensione, che lo avrebbe senz' altro eliminato. Se la giurisprudenza romana non è andata nel possesso più in là dei tre momenti vi, clam, precario, io non ravviso in ciò l'espressione del convincimento, che questo confine sia tracciato dalla natura stessa del possesso, come ammettono taluni, ma soltanto il risultato di date condizioni storiche, della tradizionale fissazione degli interdetti possessorii con riguardo ai tre vitia possessionis. Se si riflette che questa tripartizione è cresciuta coll'intero sistema, nei suoi più reconditi, e minuti dettagli, e ch'essa si riproduce in tutte le formule, si comprenderà di leggeri che non la si poteva atterrare in una epoca, in cui era in fiore il sistema processuale, senza scuotere anche questo nello stesso tempo in tutte le sue parti. Nella successiva epoca imperiale questo ostacolo era svanito, e se la giurisprudenza si servì di questa libertà per dilatare i confini della protezione del possesso al di là della nozione della vis, questo conato merita più presto approvazione e una accoglienza amichevole, che biasimo e resistenza, anzi io non esito punto ad asserire, che essa per tal modo, lungi dal mettersi in opposizione colla idea del possesso, quale è stata concepita e improntata dall'anteriore diritto, l'abbia invece sciolta da una interna contraddizione. E, nel vero; io devo designare come una contraddizione che l'erede rispetto al pos-

sesso sia collocato in una posizione più favorevole dello ereditando. Ho già superiormente messo in rilievo la funzione possessoria della her. pet., e ciò che vale pella stessa, vige anche pegli interd. adipisc. poss. dello erede; pell'interd. quorum bonorum, quod legatorum, e pel Remed. ex lege ult. Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo. Si confronti ora la posizione giuridica, che questi rimedi di diritto accordano allo erede, con quella, che gl'interdetti possessorii accordano allo ereditando. Mentre quello ottiene rimedi possessorii (1ª) contro tutte le persone, che si appropriano cose del compendio della eredità, l'interd. quod legatorum contro quelli che se le appropriano in base a un preteso o effettivo legato, la her. pet., l'interd. quorum bonorum e l'accennato Remedium contro quelli che se le appropriano in base a un preteso diritto ereditario o senza alcun fondamento, l'ereditando invece viene protetto soltanto in confronto di quello, che gli ha sottratto *violentemente* il possesso. Non mi si opponga che quei rimedi giuridici dello erede sono adipiscendae, quelli dello ereditando, per inverso, recuperandae poss. Imperciocchè l'*adipisci* nella persona dello erede tenda soltanto a *recuperare* il possesso dello ereditando, e il divisato riacquisto del possesso riceva la forma dello acquisto soltanto pel motivo che, giusta la teoria possessoria romana, il possesso cessa alla morte dello ereditando, e non passa ipso jure allo erede (1ᵇ). Il fondamento però di questa sua pretesa non è che il precedente possesso dello ereditando; questo, non la proprietà, forma oggetto della prova. Se però lo stesso ereditando, o l'erede, dopo che ha preso già possesso, viene a trovarsi nella posizione di chiedere la restituzione del possesso ingiustamente sottrattogli, si dovrà forse sostenere che quel favore della facilitazione della prova gli competa soltanto nel caso in cui la sottrazione del possesso per parte dell'altro cade sotto il punto di vista della vis? Ebbene; il vero o supposto legatario si appropria il possesso della cosa, si fa, per es., consegnare il fondo dall'affittuale, prima che l'erede abbia preso possesso, questo ultimo può costringere l'avversario alla

(1ª) Sul diritto di dar loro questo appellativo mi sono pronunciato superiormente.

(1ᵇ) Egualmente nell'interd. adipiscendae possessionis citato nel fr. 2 § 3 de interd. (43. 1): quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto; vedi anche fr. 1, § 37 de aqua (43. 20).

restituzione del possesso coll'int. quod. legatorum, sendochè esso presupponga affatto generalmente: quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit (fr. 1 § 2 quod leg. 43. 3). Se per inverso ciò avviene, vivente il testatore, o dopo che l'erede si è immesso nel possesso, amendue sono astretti ad esperire la via petitoria, a meno che non possano asserire una violenza per parte dello avversario. Quale contraddizione! L'uomo deve adunque morire perchè l'idea della protezione del possesso raggiunga il suo pieno diritto, il possesso, e con esso la possibilità che sia limitata la sua protezione alla presupposizione della vis, deve adunque cessare perchè ottenga efficienza il superiore principio: quod quis non ex voluntate (ejus, ad quem res pertinet), occupavit, restituat? Se ciò è vero il *precedente* possesso è più efficace dell'*attuale*, la sua *cessazione* un *vantaggio*, la sua *continuazione* un *peso!* Si deve adunque morire per partecipare alla piena protezione del possesso! Chi non pensa in questo punto alla scolta, che obligava la gente munita di un passo a portarsi nel locale della revisione, mentre lasciava passare liberamente quelli che n'erano sforniti? E questa enorme sproporzione per ciò che concerne gli effetti del possesso precedente e attuale sarebbe ella suggerita dalla idea del possesso? Noi ammettiamo che tale sproporzione fosse fondata nell' anteriore diritto romano. I giuristi *romani* non vi si opposero, non perchè essi non volevano lottare contro la medesima, ma pel motivo che non potevano agire altrimenti, come è stato più volte osservato.

La scienza moderna, che mediante il surriferito svolgimento dei rimedi possessorii, nella posteriore epoca imperiale, ha conseguita la necessaria libertà per emanciparsi da quella angustia storica, commette un delitto contro sè stessa, e contro la vita pratica, nell'atto che, aderendo ciecamente alla teoria dei giuristi romani, si sottopone alle antiche catene, e, lungi dal riconoscerle come tali, e di rallegrarsi che esse sieno cadute, adopera tutta la sua acutezza d' ingegno per giustificarle, e rappresentarle come necessarie. Ciò che noi le opponiamo si è la semplice proposizione: il possesso, che è riconosciuto quale rapporto giuridico, esige non mezza, ma intiera protezione; pello interesse e pel diritto del possesso deve essere affatto indifferente, in qual modo esso venga leso, con violenza o in altra forma, e la stessa generalità della protezione del possesso,

che viene realizzata negli int. ret. pos. per ciò che concerne il riconoscimento e il mantenimento del possesso, deve essere postulata altresì pegli interd. recup. poss. Soltanto in questo modo il possesso ottiene un'armonica soluzione, e diventa ciò che deve essere, ed è: una difesa del proprietario contro tutti quelli, che immediatamente invadono l'esteriorità del suo diritto.

Il caso fin qui contemplato della hered pet. non era l'unico, in cui già pel vecchio diritto non era limitata la nozione della viziosità del possesso alle tre presupposizioni tradizionali degli interdetti possessorii: vi, clam, precario, ma era concepito affatto generalmente. Vi si aggiungeva in quella vece anche un altro rapporto nel quale riproducevasi la stessa apparizione: il possesso della libertà per parte di uno schiavo. Qui la formula non suonava « vi, clam, precario, ma sine *dolo malo* in possessione libertatis fuisse » punto di vista questo così generale come il *pro possessore* possidere nella hered. pet. (1).

Ci resta ancora a stabilire con maggior precisione, e a formulare il principio della protezione ricuperatoria del possesso, quale è stata realizzata nelle surriferite singole decisioni della posteriore epoca imperiale. I tre speciali motivi noti al vecchio diritto: vi, clam, precario, si sono elevati al concetto generale della injusta possessio, posta a base del possesso del pro possessore possidens nella her. pet. e nell'azione di spoglio del medio evo « (quaecunque injusta causa amissionis possessionis), » e qui si può adoperare la stessa formula, della quale si serviva il pretore nell'int. quod legatorum: quod quis non ex voluntate (actoris) occupavit — *apprensione del possesso contro volontà del possessore.* Sotto questo punto di vista si adagiano tutti i casi preaccennati, l'errore tanto dell'occupante, che del precedente possessore (in quanto si tratti di unilaterale sottrazione del possesso, e non per avventura *di trasmissione* del possesso, occasionata da errore), la presa surretizia del possesso mediante collusione col rappresentante, o mediante ordine giudiziario illegale, l'appropriazione del possesso di fondi pertinenti a persone assenti. Allo incontro sono esclusi tutti i casi della perdita di possesso, che si appoggiano alla tradizione per parte del possessore, se anche essa è stata effettuata

(1) Vedi in proposito il fr. 7, § 5, fr. 10, 11, 12 de lib. causa (40. 12).

in modo da consentire una impugnazione dell' atto con altri rimedi giuridici, p. e. mediante coazione o dolo. I confini possono essere certamente dubbii nel singolo caso, in precipuità nel caso di coazione. Sussiste metus o vis, se taluno colla minaccia di vie di fatto ci astringe a evacuare la casa? Nel primo caso ha luogo l'act. quod metus causa, nel secondo l' interd. unde vi. È noto che non è insignificante l'interesse della diversità dell'azione, nella prima sono ammesse eccezioni petitorie (1), nella seconda escluse. In linea processuale la scelta della seconda azione sarebbe nella minor parte dei casi priva di successo, sendochè pella prova della vis bastino (2) minaccie e violenze, quali si presentano in amendue i casi, e sarebbe cómpito del convenuto di fornire la prova di una effettiva tradizione. Lo stesso dovrebbe valere anche rispetto al caso di spossessamento in esito a disposizione giudiziaria illegale; anche qui si fondono assieme vis e metus, ma anche qui non si può contrastare l'ammissibilità dell'int. unde vi contro l'immesso in possesso, se l' implorante, collo sgombero volontario, ha evitata l'applicazione di misure coercitive.

Il principio suenunciato va al di là del punto di vista del delitto, vale a dire della presupposizione di una colpa nella persona del convenuto. Chi persuaso del proprio buon diritto ha ottenuto dal tutore la consegna delle cose, che erano in possesso del minore, non si trova in alcuna colpa (3), parimenti chi, non conoscendo i confini, ha preso a coltivare una parte di fondo del suo vicino (4). In base a noti principii generali non può essere applicato in loro confronto l'obbligo alla prestazione della piena indennità, espresso nell' int. unde vi, come non può esserlo in odio dello erede di quello che ha adoperato una effettiva vis; tale obbligo è condizionato dalla

(1) Vedi, p. e., fr. 12, § 2, quod met. (4. 2).

(2) Per questo motivo l'espressione vis viene adoperata nell'actio quod met. causa come nell'int. unde vi l' espressione metus; casi p. e. fr. 5, fr. 14, § 2, quod met. (4. 2) e fr. 1, § 29 de vi (43. 16).

(3) Che il fr. 7, § 1 Cod. unde vi (8. 4) non contempli soltanto il caso della collusione risulta dalle parole: habito *plerumque* colludio.

(4) Balza agli occhi che la l. 11 Cod. h. t. non dispone il contrario. Giustiniano non ha qui dinanzi agli occhi quelli che erroneamente, ma quelli che intenzionalmente occupano terreno altrui e usufruttano l' errore soltanto come un pretesto.

esistenza di una colpa. Ove manca questa, l'obbligo si riduce alla consegna di ciò che possiede ancora il convenuto. Occorre appena osservare che la presupposizione della colpa non si limita al caso della vis; chi s' impadronisce intenzionalmente del fondo di un assente non commette alcuna vis, e ciò non pertanto pella l. 11 Cod. h. t. deve essere considerato come « praedo » e devono trovare applicazione in suo confronto tutte le disposizioni dell'antico diritto emesse in odio di queste persone.

Abbandono al lettore spregiudicato la soluzione della questione, se la teoria qui svolta, che nella sua essenza corre parallela alla vecchia dottrina di Cujaccio sul « generale restitutorium interdictum » e aspira soltanto al merito di una più diligente motivazione, — se questa teoria, dicevo, merita l'appunto che le fa Savigny (p. 466) che, secondo la stessa il nuovo diritto intorno alle azioni possessorie sarebbe altrettanto indeterminato e arbitrario, quanto l'antico diritto era preciso e coerente: Essa non è nè più, nè meno « indeterminata » della teoria della her. pet. e dei preaccennati interdetti dello erede; essa non si propone altro scopo che quello di accordare alla protezione del possesso *dei vivi* la stessa estensione, che avevano quei rimedi giuridici *pel caso di morte*, e a me non consta che sinora taluno siasi lamentato della indeterminatezza dei secondi. La nozione « pro possessore possidere » è *più lata* del concetto « vi possidere », ma *lato* e *indeterminato* non significano la stessa cosa, e io trovo il concetto sviluppato sin qui: appropriazione del possesso *senza* o *contro* la volontà del possessore, di gran lunga più determinato che il concetto della vis svolto da Savigny, dal momento che esso in un passaggio vien definito quale « violenza immediata *personale* » (vale a dire diretta contro la persona, p. 429), mentre due pagine dopo (p. 431) raggiunge una tale elasticità da accogliere un caso, nel quale non si trova alcuna traccia di violenza, come è stato dimostrato superiormente. Per ciò che concerne l'appunto della arbitrarietà, che Savigny muove contro la superiore teoria, esso è del pari insostenibile. Chi non parte dalla idea fissa, che al mondo non è lecito allontanarsi dall'interd. unde vi del Pretore romano, che in quella vece l'editto pretorio deve restare in eterno il canone al quale deve uniformarsi il pensiero e il movimento giuridico, chi non parte da questa idea fissa scorgerà

nella emancipazione della protezione ricuperatoria del possesso dalla presupposizione della vis soltanto un prezioso progresso, giustificato dagli interessi della vita pratica, e dalla idea della protezione possessoria, e scorgerà invece l'arbitrio nella limitazione della medesima alla ristretta presupposizione della vis. E, nel vero, se il possesso deve essere protetto, perchè deve esserlo soltanto contro la vis? Cosa importa al possessore il modo con cui l'avversario il priva del possesso? Il centro di gravità del possesso sta, a mio credere, nello stesso possessore, e non nel suo avversario! Se si inverte questa proposizione, e si capovolge il naturale rapporto, come avviene giusta la teoria di Savigny sul possesso, si spiega di leggieri qualmente ciò che è naturale debba apparire innaturale e viceversa. Lo stesso Savigny, che respinge con disdegno l'opinione svolta da noi, come una inconcepibile corruzione della teoria possessoria romana, stira e torce, come è stato dimostrato in altro sito, la nozione della vis in un modo, che ripugna alla sua stessa definizione, e non trova nulla a ridire che Giustiniano nella sopraccennata legge 11, Cod. unde vi abbia accordato l'int. unde vi nel caso di un possesso, *in precedenza perduto* — un rimedio *possessorio* senza *possesso!* In presenza di questa enormità, che sacrifica l'idea fondamentale dell'intero possesso, e protegge il possesso ove questo non esiste, il suesposto svolgimento dell'int. unde vi nel posteriore diritto non ha davvero alcun motivo di temere il rimprovero della « arbitrarietà. »

Mi resta ancora in chiusa di sollevare la questione, se il risultato ottenuto si riferisca soltanto alle cose immobili, o anche alle mobili. Se l'asserzione di Savigny fosse esatta, che l'int. unde vi sia stato esteso tacitamente alle cose mobili per essere stata accolta nel titolo unde vi la legge 7 Cod. unde vi (8. 4) di Valentiniano sulle pene della privata difesa, legge operativa in egual modo per amendue quelle categorie di cose, se questa asserzione fosse esatta, l'estensione della protezione possessoria da noi dimostrata dovrebbe aver luogo anche nelle seconde. Io ritengo insostenibile questa asserzione, con quasi tutti gli altri giuristi (1). D'altro canto il bisogno

(1) Le obbiezioni importanti che sono state elevate da varie parti contro la stessa (negli ultimi tempi da Bruns opera cit. p. 74-77) non sono state rimosse, a mio credere, nè da Savigny stesso (p. 438 seg.), nè da Rudorff (704)

di questa estensione della protezione mi sembra non meno urgente rispetto alle cose mobili che alle immobili. Con quanta facilità una cosa mobile può pervenire in possesso altrui in modo ingiusto, senza che sussista la presupposizione di una « vitiosa possessio » nel senso tecnico dei giuristi romani! Colombe pertinenti ad un altro si sono ricoverate nella mia casa, un cane altrui mi ha seguito, un ombrello alieno è stato dimenticato presso di me, il pacchetto destinato per un altro mi è stato per abbaglio consegnato. In tutti questi casi io non mi sono appropriato il possesso nè vi nè clam; se però questa è la presupposizione della protezione possessoria dello avversario, essa viene naturalmente a mancare in questi casi. Potrassi per avventura supplire al suo difetto mediante altre azioni? Difficilmente! Le azioni per delitto, in dipendenza alla appropriazione ingiusta di cose aliene (cond. furt., act. furti, act. vi bon. rapt.) si appalesano insufficienti; la ritenzione della cosa aliena non cade sempre sotto la nozione del furtum, si rifletta per esempio al caso, che il mio avversario mi comunichi il fatto che il cane lo ha seguito, ma ne rifiuti la consegna per una pretesa qualunque, p. e. per una pretesa nossale, o perchè se ne asserisce proprietario. Mi è del pari dubbio se in questo caso l' act. ad exhibendum potrebbe condurre alla meta, in quanto che non si riscontri nella stessa il vantaggio delle azioni possessorie, nelle quali non forma oggetto di pertrattazione nè l'interesse dello attore, nè il diritto del convenuto (1). La stessa obbiezione io sollevo contro la condictio possessionis, alla quale si richiama Bruns (op. cit. p. 75). Non v'ha dubbio, è vero, che, come ogni condictio, così anche quella ob injustam causam, o sine causa, possa essere assisa, anzichè sulla proprietà, sul *possesso* (2) e che la nozione della injusta causa, o del pieno difetto di causa (sine causa) si attagli anche al caso della ingiusta o infondata retenzione della cosa. Se non che anche in questa azione non si può precludere al convenuto nè l'eccezione della mancanza dell'interesse per parte dell'attore, p. e. che costui ha rubata la cosa (p. 13. 41), nè quella della proprietà dello stesso conve-

(1) Fr. 3 § 11 ad exh. (10. 4) . . . alioquin et fur et raptor (ad exibendum agere) poterit, quod nequaquam verum est. fr. 31, § 1 Dep. (16. 3) . . non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli.

(2) Fr. 1 § 1, fr. 2, de cond. trit. (13. 3). Fr. 25, § 1 de furt. (47. 2).

nuto (1), e per tal guisa anche qui viene a cadere un vantaggio cardinale dei rimedi possessorii — il convenuto ha il destro di procrastinare la causa accampando eccezioni di nessun momento, colle quali egli non viene punto inteso nel processo possessorio. Epperò resta inalterato il bisogno di venire in soccorso del possessore in via possessoria.

La nostra pratica da tempo remoto ha riconosciuto questo bisogno, e nell'act. spolii cercato un rimedio, nell'atto che l'ha estesa a tutti i casi della illegittima appropriazione del possesso (2), e nuove legislazioni vi hanno aderito (3). Gli è vero che nel nostro secolo l'actio spolii è andata in discredito in seguito alla condanna pronunciata contro di essa da Savigny dal punto di vista della sua teoria romanistica unilaterale, e può persino apparire un'arditezza il conato di difenderla. Ciò non pertanto punto mi perito di esternare la mia convinzione, che l'estensione della protezione possessoria, effettuata mediante questa azione, a tutti i casi della perdita del possesso, senza o contro la volontà del possessore, fu un pensiero eminentemente pratico e sano, assai più sano del falso pudore, che vuol mantenuta ad ogni costo la teoria dei giuristi romani, senza riflettere, che allo sparire dell'interd. utrubi, nel suo aspetto originario, è sorta una lacuna nello stesso diritto romano, lacuna che non può restare aperta, senza compromettere i più importanti interessi della vita. Rispetto alle cose mobili la protezione della proprietà è praticamente assisa nella maggior parte dei casi soltanto sul possesso; il rifiuto della protezione possessoria equivale spesso in questi casi precisamente alla perdita della proprietà, com'è stato in precedenza notato. Difficilmente le opinioni potranno divergere sul modo infelice, con cui è modellata la protezione possessoria rispetto alle cose mobili giusta la teoria dominante. La si concede ove essa torna superflua, la si nega ove essa si presenta necessaria! L'interd. utrubi serve, secondo Savigny, allo scopo di proteggere un possesso turbato, ma ancora sussistente, contro ulteriori turba-

(1) Mi è incomprensibile in qual modo Rudorff (Savigny pag. 712) voglia appoggiare l'opposta opinione al fr. 1, § 1, fr. 2 de cond. trit (13. 3) fr. 13, § 1 Dep. (16. 3) fr. 15, § 1 de furt. (47. 2).

(2) Vedi in Bruns il risultato di tale svolgimento § 44. 45.

(3) In specialità il diritto prussiano, Bruns p. 441, 442.

tive. Io vorrei sapere quando e dove tale rimedio è stato applicato! Forse contro ladri e grassatori, che hanno fatto un inutile tentativo di appropriarsi la nostra cosa? L'unico caso concepibile della sua applicazione è quello della controversia de possessione, precedentemente indicato, e quì, secondo la teoria di Savigny, devono essere premesse delle turbative perchè esso sia possibile. Restano i casi della sottrazione violenta o clandestina del possesso, ove Savigny viene in soccorso coll'interd. unde vi e colle azioni per delitto, mentre la nuova teoria, che sa impartire agli interd. retinendae possessionis una funzione ricuperatoria mediante una conseguente attuazione del punto di vista della duplicità, sostituisce al primo l'interd. utrubi, e gli assicura per tal modo almeno una certa utilità pratica. Se non che, anche essa, nell'atto che tiene ferma in questo caso la presupposizione del possesso vizioso nel senso della teoria romana, limita questo interdetto ai casi nei quali il medesimo non ha un particolare valore, pel motivo che si possono scegliere egualmente le azioni per delitto, e lo nega nei casi nei quali esso sarebbe doppiamente necessario appunto pella inammissibilità delle stesse.

Bruns (1) ha fatto nuovamente il tentativo di colmare questa lacuna, e di cercare pel concetto suesposto della azione di spoglio (2) un punto di appoggio nel diritto giustinianeo. Egli crede di poterlo trovare nella l. 11, Cod. unde vi (8. 4), ch'egli con Savigny riferisce a un possesso perduto, e nella quale egli riscontra la prova che « già i romani stessi reputavano conciliabile colla essenza di una azione possessoria, e perfino dell'interd. unde vi, che essi potessero venire proposti anche in dipendenza a un possesso perduto senza colpa di un altro, e occupato da un terzo appena dopo questa perdita. » Sebbene Giustiniano nella legge abbia avuto dinanzi agli occhi soltanto cose immobili, ciò non pertanto, si il principio della legge, che le sue parole si accomodavano e ai mobili e agli immobili, e « pertanto l'ammissione delle azioni possessorie in caso di perdita del possesso senza violenza altrui non va in alcun modo al

(1) Nell'Annale del diritto comune tedesco di Bekker e Muther. Vol. IV, p. 68.
(2) Egli ne aveva già riconosciuta l'autorità legislativa nella sua opera sul possesso, p. 503.

di là della essenza delle azioni possessorie giusta il posteriore concetto romano, ma deve invece considerarsi anch'essa come parte del diritto romano. » Sebbene non possa convenire nella forma della motivazione, come spicca pelle ragioni dedotte superiormente, pure non posso che desiderare che la pratica adotti di bel nuovo pelle cose mobili il sano pensiero della azione di spoglio, che ha per sè la esperienza e la giudicatura di un mezzo secolo. Siccome lo stesso, giusta le mie superiori investigazioni, è stato pienamente attuato nel nuovo diritto rispetto alle cose immobili mediante la trasformazione dell'interd. unde vi, così trattasi soltanto di trovare un punto di vista per applicare anche alle cose mobili la estensione, che quello svolgimento ha realizzato pelle cose immobili. Si domanderà: se la posteriore legislazione lo avesse ritenuto opportuno non si sarebbe essa stessa accinta a questo cómpito? La risposta è contenuta in quanto sto per osservare.

Pelle cose mobili vigeva a quell'epoca ancora l'int. utrubi nel suo vecchio aspetto (1), che accordava al possessore protezione contro ogni perdita di possesso, purchè venisse proposto a tempo. Epperò le cose mobili fruivano di una maggiore protezione delle immobili, e l'intero sviluppo dell'interd. unde vi aveva, può dirsi, lo scopo di livellare questo vantaggio. L' equiparazione (per me sempre enigmatica) dell'int. utrubi e uti possidetis ha dessa affatto capovolto questo rapporto? Giustiniano non si è esternato in argomento, ma si può difficilmente crederlo. Forse potrebbesi battere il seguente camino per procurare di bel nuovo alle cose mobili il terreno perduto apparentemente. Di conformità alle nuove note investigazioni il possessor justus può convenire il possessor injustus pella restituzione del possesso, anzichè con un interdetto ricuperatorio, con un interd. retinendæ possessionis (2). La dilatazione, in precedenza dimostrata, del concetto della vis, che si solleva alla nozione della possessio injusta, in senso del tutto astratto, deve però trovare

(1) Così p. e. la l. 1. Cod. Theod. Utrubi (4. 23) dell'anno 400, nella quale esso viene accordato.

(2) Se ciò vige pel caso, che il convenuto ancora possegga, deve valere parimenti pel caso ch'egli stesso abbia abbandonato il possesso; la tesi contraria sta in contraddizione (ciocchè sfugge non di rado) col noto principio: dolus pro possessione est.

applicazione tanto rispetto all'interd. unde vi, che rispetto all'interd. uti poss. e siccome pell' interd. utrubi deve vigere la stessa massima, come per quell' interdetto, così essa deve vigere anche per questo. È affatto generale il pensiero della protezione del possesso contro ogni ingiusta sottrazione, corrispondentemente allo sviluppo, che ha ricevuto in seguito questa protezione nell'interd. unde vi. Pella limitazione di questo pensiero generale alle cose immobili non si può far valere altro motivo che la sua relazione storica coll'interd. unde vi — limitazione questa che si può spiegare a sufficienza colla esauriente protezione possessoria che godevano allora la cose mobili, e che deve ritenersi eliminata pegli interdicta retinendæ possessionis, in esito alla piena equiparazione delle cose mobili alle immobili, effettuata nel diritto giustinianeo. Il risultato complessivo della mia disamina consiste adunque in ciò: nel diritto odierno tanto pelle cose mobili, che pelle immobili vige, già pei principj del diritto giustinianeo, la proposizione, che il possessore può aspirare a protezione possessoria contro ogni appropriazione del possesso per parte di un terzo, la quale non risalga alla sua propria volontà (come nel caso di dolus e metus); le più vicine circostanze di questa appropriazione sono affatto indifferenti, indifferente quindi se essa sia avvenuta violentemente, o clandestinamente, o per errore, se vi sia intervenuto dolus o abbaglio di una terza persona, l'attore non ha da provare che il suo possesso sin là sussistente, e il modo con cui esso passò nel convenuto.

IX.

L'IDEA DELLA PROPRIETA' NEL DIRITTO POSSESSORIO MATERIALE.

1. *Estensiva congruenza del possesso e della proprietà.*

Il cómpito dei seguenti capitoli (IX-XIII) consiste nella prova, che il motivo svolto sin qui della protezione del possesso ha determinata l'intera conformazione della teoria del possesso, vale a dire che il rapporto del possesso colla proprietà è stato il punto di vista, dal quale sono stati guidati i giuristi romani nel delineare la teoria possessoria. Apparentemente le seguenti deduzioni oltrepas-

sano i confini del mio tema, in realtà però esse contengono il completamento e la prova della idea fondamentale della intera dissertazione. Se il possesso, come io lo concepisco, è in sè un rapporto sfornito d'importanza giuridica, che riceve appena dalla proprietà una importanza giuridica riflessa, s'inverte affatto il rapporto propugnato dalla teoria dominante fra possesso e protezione possessoria. Mentre quella teoria parte dal possesso, e dallo stesso arriva alla protezione possessoria, come a una conseguenza del medesimo, e desume la questione delle presupposizioni del possesso dalla pura contemplazione di quel rapporto di fatto colla cosa, che noi chiamiamo nella vita possesso, il cammino da me battuto è precisamente opposto. Prendendo le mosse dalla proprietà, io arrivo prima alla protezione possessoria, quindi appena al possesso. Secondo me adunque la teoria delle presupposizioni del possesso, non viene da questo fornita, ma esclusivamente determinata dallo scopo pratico della protezione possessoria. Sia pure il possesso ciò che si vuole, con riguardo alle naturali vedute della vita. Dirimpetto ai riguardi che scaturiscono da quello scopo, io punto mi preoccupo della questione se esso esista, o manchi di conformità a tali vedute.

La piena indipendenza della protezione possessoria dalla naturale esistenza del possesso, vale a dire, il fatto che può esistere un possesso nel senso, in cui esso viene naturalmente concepito nella vita, senza essere riconosciuto come tale dal diritto, vale a dire protetto, e, che, per inverso, la protezione possessoria viene accordata dove manca il possesso in quel senso, questo fatto non ha nulla di sorprendente giusta la mia teoria, che fa dipendere la questione della protezione, non dalla definizione del possesso, ma dallo interesse della proprietà, mentre lo stesso fatto presenta un vero enimma in varie direzioni secondo la teoria di Savigny. Se si deve cercare nel possesso stesso il motivo, il fondamento della sua protezione, come avviene egli che il diritto l'accordi in casi in cui manca il possesso in quel senso, e la neghi in casi in cui esso sussiste?

Ora passo a esporre in due direzioni l'influenza decisiva, che ha esercitato l'idea della proprietà sulla conformazione della teoria possessoria materiale:

1. Rispetto alla estensiva dilatazione del concetto possessorio — *i confini della possibilità della proprietà sono in pari tempo anche*

quelli della possibilità del possesso; possesso e proprietà corrono perfettamente paralleli.

2. Rispetto alla interna conformazione del concetto possessorio, vale a dire, alla quistione concernente l'esistenza o le esigenze della origine e continuazione del possesso — il punto di vista direttivo nel delineare questa teoria si fu: *la imitazione della proprietà nella sua normale esterna apparizione*; *il possesso è l'esteriorità, la visibilità della proprietà.*

La prova della estensiva congruenza della proprietà e del possesso presenta una doppia esigenza:

a) La dimostrazione, che il possesso non va *più in là* della proprietà — *dove non è possibile la proprietà non è possibile neppure il possesso.*

b) La dimostrazione, che esso va *fino al punto* in cui va la proprietà — *dove è possibile la proprietà è possibile anche il possesso.*

a) *Dove non è possibile la proprietà non è possibile neppure il possesso.*

Dove non è concepibile la proprietà, perchè la cosa non può esserne oggetto, o la persona soggetto, il diritto cadrebbe in contraddizione con sè medesimo qualora volesse proteggere interinalmente l'esterno rapporto della persona colla cosa come proprietà di fatto. Non può essere un rapporto di fatto ciò che non è possibile. Così si spiega che il diritto romano esclude il possesso *se manca la capacità proprietaria soggettiva o oggettiva*, a causa di questo impedimento, che si verifica nella persona o nella cosa.

Già nella critica delle diverse teorie possessorie ho più volte osservato, che questa proposizione del diritto romano non può in alcuna guisa conciliarsi con quelle fra le suddette teorie che non appoggiano il possesso alla proprietà (1). Nulla rileva la *capacità proprietaria* della persona o della cosa pella questione, se sia stato turbato l'ordine giuridico o la personalità mediante un atto di violenza, o se sia stata oltraggiata la volontà perchè fu fatto cessare il rapporto di fatto. Io non mi ricordo di avere trovato una risposta soddisfacente a questa appunto in nessuno degli autori o propugnatori di

(1) Diversamente nella teoria di Hufeland oper. cit. p. 73, 83 e Thibaut § 210 (vedi sopra).

quelle teorie. Savigny si limita alla semplice asserzione, che i casi della incapacità possessoria oggettiva, e soggettiva, scaturiscono immediatamente dalla nozione del possesso (p. 124). Se non che egli non ha soggiunto neppure una parola per motivare questa asserzione. Tutto ciò ch'egli dice si è, che res extra commercium non possono essere possedute (p. 124), che gli è « assai naturale che gli schiavi sieno incapaci di possedere giuridicamente, perchè essi in generale non hanno diritti » (p. 127), e che anche l'incapacità possessoria dei figli di famiglia fluisce dalla proposizione ch'essi « non possono avere alcun diritto patrimoniale » (p. 126). Non mi è dato di scoprire dove risieda « *l'assai naturale* » asserito da Savigny. Che ha da fare la capacità possessoria colla nozione del possesso di Savigny? Il possesso non è per esso un diritto patrimoniale, ma soltanto una specie di recinto ove si compie un torto qualunque diretto contro la persona, e nulla monta che questo recinto sia un locus publicus o privatus, come abbiamo notato superiormente.

Qui cade in acconcio di prendere in più vicina contemplazione il rapporto del figlio di famiglia colla questione possessoria, sì dal lato passivo che attivo, vale a dire di considerare il figlio di famiglia tanto come oggetto che come soggetto del possesso. Che il rapporto di fatto del padre col figlio di famiglia non possa concepirsi quale possesso viene espressamente dichiarato nel fr. 1, § 8 de poss. (41. 2). Esso contiene soltanto un' applicazione della proposizione generale, che libere persone non possono essere possedute. Ciò si spiega di leggeri dal mio punto di vista, sendochè il rapporto giuridico sul figlio di famiglia non venga concepito, come quello sullo schiavo, quale proprietà, ma quale patria potestas, e colla possibilità della rei vindicatio (1) viene a cessare altresì quella della protezione possessoria.

Si accingano i miei avversarj alla spiegazione di questa proposizione. È per avventura il figlio meno nella *potestà* del padre — e il possesso è, secondo la loro asserzione, potestà — che lo schiavo in quella del padrone? No certamente *in linea di fatto*! Se il padrone mantiene persino il possesso dello schiavo che si è dato alla fuga, sebbene qui la potestà di fatto si risolva in nulla, io credo

(1) Fr. 1, § 2 de R. V. (6. 1).

che si avrebbe potuto accordarglicla anche rispetto al figlio soggetto al suo dominio. Se si riflette però al carattere *giuridico* di questa potestà, il dominio giuridico sul figlio, avuto riguardo alla sua idea originaria, era, com'è noto, affatto identico a quello che avea il padrone sullo schiavo, l'uno e l'altro erano potestas, e l'indebolimento, che esso ha subito nel corso del tempo, non gli ha tolto questo carattere. Anche la potestas sullo schiavo è stata temperata nel nuovo diritto, e ciò non pertanto punto si si peritava di designare anche successivamente come possesso la di lei sussistenza di fatto. Dal punto di vista della teoria del delitto e della volontà non si può assolutamente comprendere, perchè i Romani nella retenzione di un figlio non abbiano ravvisato una turbativa dell'ordine giuridico, rispettivamente una lesione del dominio volitivo del padre di famiglia, come la ravvisavano nella retenzione di uno schiavo. Se non che la semplice potestà di fatto sopra un uomo non è possesso; altrimenti anche l'uomo libero messo in ceppi dovrebbe trovarsi in mio possesso (1), dappoichè punto rilevi che io incateni un animale o un uomo per ciò che concerne la dipendenza *di fatto* di amendue dalla mia volontà, e neppure l'aggiunta del momento *giuridico* impartisce a questo dominio il carattere del possesso. La potestà fisica sopra oggetti viventi, o privi di vita, assume soltanto l'aspetto del possesso, *quando la proprietà vi corrisponde come potestà giuridica.*

Volgiamoci ora all' attiva incapacità possessoria del figlio di famiglia. Anche questa, a sua volta, può spiegarsi, in modo soddisfacente, soltanto dal punto di vista della nostra opinione (2). Il figlio di famiglia non può possedere, perchè ed in quanto egli non può

(1) Vedi all'incontro fr. 23, § 1 de poss. (41. 2).

(2) Vedi le superiori deduzioni su questo argomento. Colgo qui l'occasione di citare il fr. 38, § 6 de V. O. (45. 1) che non è scevro d'importanza pella valutazione della questione. Il giurista si propone la questione, se abbia validità giuridica la stipulazione del figlio di famiglia rivolta a « sibi habere licere; » mentre egli fa valere dapprima pell'affermativa il motivo: « auferri res ei et ipse eandem auferre potest » la combatte poi nel riflesso, che « non factum sed jus in hac stipulatione vertitur » e perviene da ultimo al risultato, licet juris verba haec contineat stipulatio, tamen sic esse accipiendum, ut in filiofamilias videatur actum esse de *possessione retinenda aut non auferenda et vires habeat stipulatio.*

avere nulla di proprio. E, nel vero, che gli serve *il rimedio protettorio* della proprietà se questa è inconcepibile nella sua persona? Per questo motivo appunto è, all'inverso, capace di possedere il filiusfamilias miles con riguardo al suo peculium castrense (1). Per ragione di coerenza deve quindi valere nel diritto moderno il principio opposto per tutti i figli, dappoichè questo impedimento sia stato eliminato nel diritto odierno mediante lo sviluppo del patrimonio separato dei figli — conseguenza questa dedotta già dalla glossa, e alla quale accede anche Savigny (p. 126). Si cerchi anche qui di trovare un altro motivo. Si può concepire soltanto l'altro motivo, che il rapporto personale di dipendenza, nel quale è collocato il figlio in virtù della patria potestà, esclude la possibilità del possesso. Se non che il caso del filiusfamilias miles dimostra quanto poco osti alla volontà possessoria e al possesso quel rapporto di dipendenza. In linea di fatto e di diritto non intercede alcuna differenza fra esso e il filiusfamilias paganus rispetto alla potestas, e ciò non pertanto a uno viene negata, e all'altro consentita la capacità possessoria. La decisione del fr. 44 § 7 i. f. de usurp. (41. 3) (2) c' istruisce quanto poco si valuta in generale il momento volitivo. Un figlio di famiglia, in assenza del padre, ha comperato e ricevuto in consegna cose in suo nome, il padre muore durante l'assenza; che avviene del possesso? Risposta: dal momento della morte del padre (e non dal momento in cui il figlio ne ha avuto contezza) il secondo ha acquistato il possesso. Perchè? In quel momento egli è diventato sui juris, suus heres, e proprietario, e, agli occhi del giurista, a questo fatto si collega, come conseguenza inevitabile, l'altro fatto ch'egli diviene anche possessore. Eppure nella sua volontà non è avvenuto alcun cangiamento, egli si considera, anche dopo quell'avvenimento, quale figlio di famiglia, e vuol detenere pel padre. Epperò non il difetto di volontà esclude il figlio di famiglia dal possesso, ma la mancanza di capacità proprietaria, con questa egli raggiunge, a sua insaputa e senza la sua volontà, la capacità pos-

(1) Fr. 4, § 1 de usurp. (41. 3)... *usucapiet.*

(2) Savigny (p. 126) intorno a questa decisione, inconciliabile con tutta la sua teoria (e in prima linea con quella sull'animus dominis), non sa dire altra cosa se non se che essa sembra essere alcunchè di speciale.

sessoria e il possesso. E, per inverso, i giuristi romani avrebbero negato il possesso al figlio di famiglia, al quale fosse pervenuta la falsa notizia della morte di suo padre, in onta alla sua volontà di possedere.

Da ciò ne consegue, che l'impedimento del possesso pel figlio di famiglia non sta nella potestà, ma nella mancante capacità proprietaria; dove questa sussiste, come rispetto al filiusfamilias miles, nulla osta la prima. Per tal modo il rapporto del figlio di famiglia ci fornisce una prova per amendue le proposizioni che noi dobbiamo dimostrare: *dove non è possibile la proprietà non è possibile neppure il possesso — dove è possibile la proprietà è possibile anche il possesso* — mentre tale rapporto, a mio vedere, è pienamente inconciliabile con tutte le teorie possessorie, che prendono un punto di partenza, diverso dalla proprietà.

Mi resta ancora di comprendere nella cerchia della mia disamina un rapporto, che potrebbe dar adito ad impugnare l'esattezza del mio superiore assunto. Forum autem et basilicam hisque similia *non possident* (municipes) sed promiscue his utuntur, dice Paolo nel fr. 1, § 22 de poss. (41. 2). Eppure la città ha un diritto di proprietà su quegli oggetti; qui manca adunque quel preteso parallelismo fra possesso e proprietà! Se io nego la maggiore, ciò non avviene per la prima volta in questo incontro. Già in un'altra occasione (1) io ho impugnato l'assunto, che il rapporto dello Stato cogli oggetti di uso comune (res publicae), debba considerarsi quale proprietà, e mi vedo obbligato a ripetere qui i punti salienti della mia opinione, nella persuasione che gli scritti occasionali, nei quali io l'ho svolta, saranno, giusta ogni probabilità, pervenuti nelle mani della minor parte dei miei lettori.

Io parto dal principio, che le nozioni della « appartenenza » giuridica « alicujus esse » e della proprietà, non si fondono assieme, che in quella vece qualche cosa mi può « appartenere », senza essere in mia proprietà, vale a dire senza soggiacere ai principii che sono enunciati pella stessa, rispetto all'acquisto, perdita, protezione, comproprietà e tocca via. I miei capelli mi « appartengono » e sin-

(1) Nei due pareri da me emessi sopra incarico del governo del Cantone d Basilea, N. I, Lipsia 1862, pag. 36-44, N. II, Basilea 1862, pag. 3-20; vedi anche il mio Spirito del D. R. III, pag. 336, Nota 476.

gole treccie di capelli tagliati sono oggetto di commercio e di proprietà, ma sino a che esse aderiscono al capo non vi trovano applicazione le nozioni del possesso e della proprietà (1). Le res sacrae appartenevano alla rispettiva comunità religiosa (1a), la res religiosa alla relativa persona privata, e questo rapporto giuridico rasentava la proprietà (1b), perchè era un rapporto della cosa colla persona protetto da azioni, con limitata, ma esclusiva destinazione a uno scopo (2). Ciò non pertanto i Romani non lo sottoponevano alla nozione della proprietà, perchè essi in tal guisa avrebbero dichiarata applicabile una serie di principii, che non trovavano alcuna applicazione rispetto a queste cose, come per es. la libera alienabilità; la possibilità della comproprietà e della azione divisoria, della origine della servitù, l' usucapione e via discorrendo. Che avviene poi rispetto alle res publicae? La loro destinazione non si è di servire allo Stato come persona giuridica (*), ma ai cittadini (usus publicus). Con questa loro destinazione è perfettamente conciliabile una relazione giuridica secondaria dello Stato con tali cose, ed io riconosco, che la pretesa dello Stato alle rendite delle res publicae (3), come pure la proprietà, che gli si devolve sopra queste cose, in caso che la res publica si converta in res privata, vanno al di là del punto di vista di un diritto majestatico, al quale Keller (4), voleva limi-

(1) Fr. 13, pr. ad leg. Aq. (9. 2) dominus membrorum suorum nemo videtur.

(1a) Frontinus de controv. agr. II (Grom. vet. ed. Lachman, pag. 57) de aede Minervae jam multis annis litigant (Adrumentini et Pysdritani).

(1b) Fr. 2, § 2 de int. (43. 1) . . sed et illa interdicta quae de locis sacris et de religiosis proponuntur, *veluti proprietatis causam* continent.

(2) I passi a puntello di questo assunto nel mio Spirito del D. R. pag. 358.

(*) Questo pensiero d'Ihering trova la più luminosa conferma nella teoria che bandisce i soggetti ideali, e considera le così dette persone giuridiche come patrimoni indipendenti devoluti a uno scopo. (*Nota del Traduttore*).

(3) Per es. l'erba cresce sulle pubbliche vie, gli alberi ivi piantati, il solarium di una superficies cretta sopra terreno publico (fr. 32 de cont. emt. 18. 1, fr. 2, § 17. Ne quid nel fr. p. 43. 8. Qui va annoverato anche il diritto del fisco alla metà del tesoro, trovato in un fondo pubblico, giusta il § 39 J. de R. D. (2. 1) non però giusta il fr. 3, § 10 de J. F. (49. 14), che accorda questo diritto al fisco sui tesori ritrovati « In locis religiosis aut in monumentis. »

(4) Nel parere emesso in occasione della surriferita controversia (riprodotto ne supplemento al parere concernente le opere fortificatorie di Basilea di G. Rüttimann, Zurigo 1860), e nelle sue Pandette, § 48.

tare il diritto dello Stato sulle res publicae, e gl' impartiscono un carattere di diritto privato. Se non che puossi designare questo diritto come proprietà? Questo è quanto io nego. Se si vuol adoperare questa espressione nel senso indeterminato di appartenenza giuridica, nella stessa guisa che è cenno di proprietà sopra un credito, e sopra una cambiale, e di proprietà letteraria, in questo caso io non ho nulla da opporre; anche i Romani in difetto di un' altra espressione si sono permessi una simile inesattezza (1). La cosa però è ben diversa se si deve applicare a questo rapporto la nozione della proprietà, e intorno a questo punto si aggira la questione. Ciò involve l'applicabilità di tutti i precetti della teoria proprietaria. L'applicabilità della nozione della proprietà alle res publicae viene chiaramente negata nel diritto romano, nell' atto ch' esse non solo vengono contrapposte (2) al *vero* patrimonio dello Stato (patrimonium, pecunia, bona populi, fisci), ma rispetto alle stesse viene espressamente impugnata anche la possibilità delle nozioni, che presuppongono la capacità proprietaria della cosa, per es. della usucapione,

(1) Così per es. dominium ususfructus in opposizione all' esercizio: (possessio ususfructus) fr. 3, si ususfr. (7. 6), dominus hereditatis (fr. 48, pr. de her. ins. 28. 5), dominus sepulchri, fr. 6, de sep. viol. (47. 12).

(2) Fr. 6 pr. fr. 72, § 1 de cont. emt. (18. 1), fr. 14 pr. de A. R. D. (41. 1), fr. 2, § 4. Ne quid in loco (43. 8), fr. 17 pr. de V. S. (50. 16). Dirimpetto a questi passaggi non puossi revocare in forse che la sortita: res publicae nullius in bonis esse creduntur (fr. 1, pr. de R. D. l. 8) et sacrae res et religiosae et sanctae nullius in bonis sunt (fr. 6, § 2 ibid.), dinota soltanto la negazione della proprietà privata. — Sopra questa nota, e sul citato passaggio del mio Spirito del D. R. mi è pervenuta una comunicazione del D. R Kerstorf di Augusta, nella quale egli deduce, che pella l. 49 de V. S. (50. 16) l' espressione « bona » abbraccia non solo la proprietà, ma tutte le forme e specie dell' appartenenza giuridica, e che quindi la frase contemplata in questa nota: nullius in bonis sunt, non può riferirsi senz' altro alla proprietà, ma che ciò non pertanto essa non sta in contraddizione colla mia teoria, nell'atto ch'essa non tocca la questione del diritto dello Stato, ma soltanto nega ai singoli individui una pretesa giuridica, « nullius » in questo senso. Io dubito che questo tentativo di spiegazione possa soddisfare, in quanto che, se « in bonis esse » deve qui dinotare soltanto l'appartenenza giuridica, al tentativo di riferire la negazione della medesima soltanto agli individui, non così allo Stato, potrà opporsi l'obbietto, che sotto « nullius » sono comprese non solo le persone fisiche, ma anche le giuridiche.

della servitù, della compera, della stipulazione, ecc. (1). Epperò non è opera del caso che i giuristi romani, parlando di questo rapporto, evitino l'espressione dominium, e, quando vogliono designare il diritto dello Stato sulle medesime, si servano della espressione indeterminata: jus civitatis (2).

Io non vedo il bisogno di abbandonare questa concezione romana del rapporto. E, nel vero, se si allega che la res publica, sottratta all'uso pubblico, cade in proprietà dello Stato, questa allegazione in parte non è generalmente vera (alveus derelictus e insula in flumine nata) e in quanto è vera (luoghi e piazze pubbliche) trova un riscontro anche nelle res religiosae (3); in amendue i casi cessa l'ostacolo che si frapponeva sin qui all'ammissione della proprietà, la cosa doventa oramai res in commercio, oggetto dell' ordinaria proprietà privata, ma non ne deriva alcuna conseguenza pel passato. Nulla provano del pari le rendite accessorie delle res publicae (nota 3, pag. 116); esse dimostrano che il rapporto giuridico dello Stato colle medesime non è soltanto d'indole majestatica, ma d'indole di diritto privato, ma non dimostrano punto che tale rapporto possa essere sottoposto alla forma della proprietà. Sino a che sussiste ancora un'altra forma di giuridica appartenenza — e lo prova il rapporto giuridico sulle res sacrae e religiosae — il giurista non sarà obbligato ad abbandonare il linguaggio corretto del diritto romano, e di attribuire allo Stato una proprietà alla quale manca tutto ciò, che costituisce la differenza caretteristica della stessa con quel rapporto.

L'opinione svolta sin qui, e il parallelismo da me sostenuto fra possesso e proprietà, guadagnano mediante la succitata legge 1, § 2 de poss. un valido appoggio, e si completano a vicenda. Nell' atto cioè che questo passaggio nega il possesso sulle res pubblicae, e vi sostituisce l' usus publicus, esso riconosce da una parte la proposizione da me enunciata: dove non è possibile la proprietà non è possibile neppure il possesso, e fornisce per tal modo un nuovo argomento contro la teoria della proprietà dello Stato sopra res pu-

(1) Fr. 83, § 5 de V. O. (45. 1), fr. 34; § 1 de cont. emt. (18. 1); fr. 1 pr. de S. P. U. (8. 2); fr. 9 de usurp. (41. 3); fr. 2 de via publ. (43. 11).

(2) Fr. 2, § 2. Ne quid in fr. p. (43. 8) . . loca publica privatorum usibus deserviunt, jure scilicet Civitatis, non quasi propria cujusque.

(3) Fr. 44, § 1 de relig. (11. 7).

blicae. E, nel vero, se lo Stato avesse proprietà sulle medesime, perchè non avrebbe concepito la giurisprudenza romana, come in tutti gli altri incontri, anche qui l'esteriorità di tale proprietà quale possesso, e perchè avrebbe dessa negato allo Stato la protezione possessoria così importante pella protezione proprietaria?

b) *Dove è possibile la proprietà è possibile anche il possesso.*

Se la protezione possessoria è un indispensabile completamento della protezione proprietaria, ne viene che il possesso deve sempre procedere a fianco della proprietà, purchè nel resto si verifichino le sue presupposizioni. Quest' ultima riserva mi metterà al coperto della obbiezione, che la proprietà può continuare senza possesso, dappoichè pella continuazione del secondo non basta che continui la *proprietà stessa*, ma si esige che continui il suo esercizio di fatto.

Corrisponde la teoria romana del possesso a quella esigenza? Io non conosco alcun rapporto proprietario nel quale sia smentito il parallelismo qui postulato fra possesso e proprietà. Dove è ammessa la proprietà, i giuristi romani ammettono sempre anche il possesso, persino allorquando essi sono obbligati a questo effetto di abbandonarne il concetto scolastico. Non come prova di questa ultima asserzione, ma soltanto come esempio di quel parallelismo in generale io cito la comproprietà, che tanto sul terreno del possesso trova il suo riscontro nel compossesso, come, per inverso, l'impossibilità della comproprietà in solidum trova il suo riscontro nella impossibilità del compossesso in solidum. Dal punto di vista del dominio fisico sarebbesi difficilmente pervenuti al compossesso, dal punto di vista della proprietà esso sorse di necessità come un riflesso della comproprietà. All'incontro a conferma di quella asserzione credo di poter allegare i seguenti rapporti:

1. Possesso dei *figli* e dei *pazzi*. Perchè ammettere un possesso nelle persone sfornite di volontà, se il motivo e l'interesse del medesimo sono riposti soltanto nella volontà? Si deve artificialmente, mediante il veicolo dei tutori, metterli in stato di subire un delitto, contro il quale essi sarebbero del resto garantiti in base alla loro naturale incapacità volitiva? Ai miei occhi ciò equivarrebbe

a mettere un dente a chi n'è affatto privo, soltanto per procurargli la possibilità di provare il mal di denti. In quella vece io reputerei felice chi è sfornito di volontà, se l'importanza giuridica del possesso consistesse soltanto nell'essere il rapporto, nel quale la volontà viene colpita e lesa! Nessuno negherà che il far astrazione dalla esigenza della volontà rispetto a quelle persone costituisce una delle più grandi anomalie in tutta la teoria del possesso. Non mi si opponga, che il rappresentante supplisce colla sua volontà al difetto della loro, sendochè da una parte ciò non si avveri nel caso, che il possessore venga colpito da alienazione mentale, per lo meno sino a che non è costituita una cura furiosi (1), e poi anche nell'acquisto mediante rappresentanti il rappresentato stesso deve avere la volontà di possedere. Dal punto di vista della mia opinione io non ho bisogno di spiegare il fenomeno. A quelle persone non poteva essere negata la capacità possessoria, senza dichiararle quasi incapaci di proprietà. Qui la teoria doveva accomodarsi ai bisogni pratici. Negando loro quella capacità le si obbligherebbe, in caso di una violenta dejezione, a ricorrere alla reivind. anzichè all'interdictum unde vi, anzi si precluderebbe loro la possibilità dell'acquisto della proprietà mediante tradizione, insomma, lungi dal migliorare la loro posizione giuridica, e questo è il compito del diritto, la si renderebbe peggiore.

Pel nuovo diritto possono, come è noto, anche gli infantes, senza l'autorità del tutore, acquistare mediante donazioni, ben inteso quelle cose che sogliono essere regalate ai fanciulli (2). Occorre

(1) Che qui dura il possesso, lo dice, rispetto al possesso esercitato animo, il fr. 27 de poss. (41. 2), che continua l'usucapione lo si desume dal fr. 4, § 3 e fr. 44, § 6 de usuc. (41. 3). Il punto di vista fatto valere nell'ultimo passaggio: ne languor animi damnum etiam in bonis afferat è lo stesso punto di vista che io usufrutterò nel testo. Esso è forse ancora più importante pella protezione possessoria che pella usucapione. Savigny (p. 354) cerca di giustificare razionalmente questa continuazione colla scorta della legge da esso enunciata pella perdita del possesso (ma su questo punto ritornerò in seguito); il giurista romano vi ravvisa una anomalia, ammessa « utilitate causa » vale a dire in dipendenza alla preaccennata considerazione.

(2) Arg. fr. 3 Cod. de poss. (7. 32) verb. *corpore* quaeritur fr. 4, § 2 de usurp. (41. 3) . . et animum possidendi habeat. Ciò vale pei giuocatoli, per le confetture, pel denaro, non così per le case e pei cavalli.

appena avvertire che questa concessione non s' inspira all'idea del possesso, considerato quale dominio della volontà, ma all'interesse della proprietà. Perchè questa limitazione della capacità possessoria al caso della donazione? Perchè questo è l'unico caso nel quale suole presentarsi praticamente *un acquisto della proprietà* per parte dei fanciulli senza l' autorità del tutore,-o, per esprimersi più esattamente, nel quale interessa facilitare loro questo acquisto. Soltanto per questo ultimo scopo è qui ammesso il possesso. Anche qui adunque il possesso comparisce di bel nuovo soltanto in servizio della proprietà.

Ciò vige anche

2. Per le *persone giuridiche* (a). Anche a queste manca la naturale volontà possessoria, ma l'apprensione teoretica, desunta da alcuni giuristi romani da questa circostanza, per negare rispetto alle medesime la possibilità del possesso, non è stata punto valutata dalla pratica, e giustamente (1). Perchè questa concessione, se si trattava soltanto di rendere possibili delitti possessorii in loro confronto, se la importanza del possesso si esaurisce nella nozione della volontà, e nel diritto originario della personalità di non essere pregiudicata nella sua libertà volitiva? Se non che qui trattavasi di uno scopo ben più serio, trattavasi cioè per le persone giuridiche della possibilità della usucapione, e della facilitazione della prova nelle controversie proprietarie, accordata dal possesso.

3. Colla morte del possessore cessa bensì il possesso, ma è stato in antecedenza dimostrato, che il bisogno pratico, al quale deve servire il possesso fra vivi, è stato pienamente realizzato in altro modo nella successione ereditaria, vale a dire mediante l'ininterrotta continuazione della usucapione, e mediante la hered. petitio.

La superiore opinione viene potentemente sorretta dal quasi possesso. Se si perviene al *possesso*, partendo dal *diritto*, se il motivo pratico del primo risiede nel secondo, in allora non solo apparisce pienamente concepibile la estensione del concetto possessorio a tutti i diritti, rispetto ai quali può essere parola di una esteriorità del diritto, vale a dire ai quali corrisponde un durevole visibile eser-

(a) Secondo gl'innovatori sostanze indipendenti devolute a uno scopo.
(*Nota del Traduttore*)

(1) Conf. fr. 1, § 22, fr. 2 de poss. (41. 2).

eizio, ma questo fatto contiene per essi un' ultima necessaria evoluzione della loro conformazione giuridica. In quella vece non so comprendere come si possa pervenire a una simile estensione del concetto possessorio, movendo dal punto di vista del *dominio fisico sulla cosa*, a una estensione, che non conserva del possesso nè l' elemento della *cosa*, ne quello del *dominio fisico*, e mi è del pari incomprensibile il motivo al quale s' inspira quella caricatura del possesso, che sforma la sua pretesa idea fondamentale, sino al punto da non poterla più riconoscere. La teoria di Savigny, se vuol venire sincera, può riguardare il quasi possesso soltanto come una singolarità, che difetta di ogni motivazione, come una delle più scompigliate confusioni di concetto che si sieno presentate nel diritto. E, nel vero, è insormontabile da una parte l' abisso che separa il dominio fisico e la cosa, e dall'altra parte l'*esercizio* degli innumerevoli diritti, che, pel giure moderno, astraendo da quei due elementi, possono essere oggetto di quasi possesso. Questo abisso potrebbe essere colmato soltanto dal pensiero, che entrambe quelle forme del possesso contengono l' esercizio di un diritto, e quando Savigny (p. 192) si serve di questo spediente, del resto inevitabile, ciò avviene soltanto a spese della sua teoria, alla quale si rende infedele. Nell'atto che ricorre alla nozione dell'esercizio del diritto, egli confessa, che il pensiero del dominio fisico sulla cosa non è un pensiero primario, non ha una importanza indipendente pel possesso, e non può quindi servire quale *fondamento della intera teoria* possessoria, ma che gli conviene soltanto l' importanza secondaria, di essere la forma, nella quale si estrinseca il pensiero dello esercizio del diritto nella proprietà. Mentre per tal modo al pensiero del dominio fisico viene sostituito quello dell'esercizio dei diritti, quale idea fondamentale del possesso, la operazione logica può condurre soltanto alla conseguenza di cercare nei diritti stessi l'ultimo motivo del possesso, e, messa una volta su questa strada, essa perviene da sè a scoprire il movimento parallelo dei diritti e del possesso, e da ultimo alla persuasione, che la protezione del *possesso* è un indispensabile completamento della piena protezione del *diritto*. Epperò il pensiero svolto sin qui del parallelismo fra proprietà e possesso delle cose, trova un riscontro e un appoggio nella estensione, compiutasi nel nostro diritto consuetudinario moderno, del quasi pos-

sesso a tutti i diritti, che ne sono suscettibili. Questo fatto irradia della luce più luminosa tale rapporto, e ci rende possibile di formulare generalmente come esteriorità dei diritti (a cui va connesso un durevole esercizio) l'*idea del possesso*, che sin qui, con riguardo al solo possesso sulle cose, abbiamo dovuto concepire quale esteriorità del dominio.

X.

2. *La questione dello acquisto e della perdita del possesso. Critica della teoria di Savigny.*

Se è esatto il nostro punto di vista, che il possesso è la esteriorità della proprietà, egli deve in prima linea trovare una conferma nella dottrina della origine e continuazione del possesso, e si può anticipatamente formulare come appresso la regola che deve valere in questo riguardo:

Il modo, con cui il proprietario esercita di fatto la proprietà, deve essere il regolo della esistenza del possesso.

Io credo di poter provare che questa regola si attaglia pienamente al diritto romano, e che essa sola ci libera dalle contraddizioni e difficoltà, che sono inerenti alla formulazione di Savigny delle presupposizioni necessarie alla origine e alla perdita del possesso, e che sin qui sono state debolmente ventilate soltanto pel motivo che non si trovò uno spediente per sottrarvisi. Nessuna parte della teoria di Savigny sul possesso, come questa, è stata così generalmente approvata, e accettata con tanta credulità. Eppertanto, prima di passare alla esposizione della mia opinione, trovo necessario di sobbarcarmi alla motivazione del giudizio or ora pronunciato sulla opinione di Savigny, dimostrando che essa si avviluppa in inestricabili contraddizioni, non meno colle decisioni dei giuristi romani, che con sè medesima. L'errore fondamentale di Savigny consiste, a mio vedere, in ciò, ch'egli identifica il concetto del possesso col dominio di fatto sulla cosa, senza accorgersi, che al secondo punto di vista conviene soltanto un'efficacia relativa, limitata. Per tal modo egli lo costringe in una posizione nella quale perde ogni verità, e degenera in una caricatura. Esaminiamo anzi tutto, se questo punto di vista sostiene

la prova sul terreno della teoria dello acquisto del possesso, e poi su quello della teoria della perdita del possesso.

Savigny (p. 210, 211, 236) ripone la nozione della apprensione in ciò, che la stessa « deve fornire la possibilità fisica d'influire immediatamente sulla cosa, e di escludere ogni ingerenza estranea. » Tanto pelle cose immobili (p. 212) che pelle mobili (p. 236) egli esige, come essenziale requisito di questa possibilità, l'immediata presenza presso la cosa; questa presenza immediata rende possibile l'arbitrario trattamento della cosa (p. 214); la possibilità d'influire ad arbitrio sulla cosa, deve poter essere concepita « come possibilità immediata presente » da quello che vuol acquistare il possesso (p. 238). Epperò Savigny in vari punti, nei quali non è cenno del requisito della presenza (p. 220, 225), lo presuppone come una cosa che viene da sè; gli schiavi, rispetto ai quali pella l. 1 Cod. de donat. (8. 54) viene tradito il possesso e la proprietà mediante semplice consegna dei documenti proprietari, sono stati presenti all'atto, parimenti il compratore nel fr. 1, § 21 de poss, (41. 2), e fr. 9, § 6 de A. R. D. (41. 1) nel fondaco del quale gli sono state consegnate le chiavi.

È poi riuscito Savigny, com' egli opina (p. 236), a provare mediante interpretazione il suo concetto dell'apprensione? Io devo decisamente negarlo. La possibilità dello acquisto del possesso mediante custodia (p. 226 seg.) sta in una inconciliabile contraddizione colla esigenza della presenza personale dello apprendente presso la cosa, e si può difficilmente concepire come Savigny creda poter sormontare questa contraddizione colla osservazione (p. 227): che « ognuno ha un dominio più sicuro sulla sua casa che sul resto del patrimonio, e mediante quel dominio in pari tempo la custodia di tutte le cose racchiuse nella casa stessa. » E, nel vero, questa semplice custodia non basta, giusta Savigny, ma si richiede in quella vece la possibilità della *immediata* influenza sulla cosa, e Savigny l'ammette soltanto nel caso, in cui l'apprendente sia *presente* presso la medesima. Se basta « il dominio sicuro » domandasi se questo non esista meno nel caso in cui il tradente del fondaco mi porti la chiave nella mia abitazione, che nel caso in cui il tradente, in mia assenza, senza che nessuno dei miei famigliari abbia scorto e veduto la cosa (quamquam id nemo dum attigerit fr. 18, § 2 de poss.) deponga il pacchetto nel

vestibolo dischiuso, o conducea la vacca nella stalla aperta, o scarichi nella mia corte il carro di legna, o nel mio giardino il carro di letame? Io ritengo che nel primo caso tale dominio esista in maggiori proporzioni che nel secondo. Non è facile che taluno mi apra la porta ferrata del magazzino o fondaco, mentre a ognuno, purchè il voglia, è libero l'accesso al mio vestibolo aperto, alla corte, al giardino e alla stalla, e se taluno vuol rappresentarsi il pericolo di una sottrazione del possesso in tutti questi casi, e con questa scorta cribrare « il suo convincimento attinente al dominio fisico » egli si sentirà certamente assai più sicuro, a quanto io credo, nel possesso della chiave del magazzino, che in quei casi di custodia collegata al possesso.

Il fr. 55 de A. R. D. (41. 1) mi accorda il possesso e la proprietà della selvaggina, caduta nell'agguato da me preparatole senza annettere valore al sito in cui esso è stato teso, vale a dire senza esaminare se ciò sia avvenuto sul mio fondo o in una pubblica foresta (1). Che il giurista non esiga un' apprensione immediata, corporale della selvaggina, e che quindi ammetta l'origine del possesso in assenza del cacciatore, risulta chiaramente dalle parole da esso adoperate: *aprum meum* qui eo facto *meus* esse *desisset*. Ecco adunque un caso indubbio dell'acquisto del possesso senza che l' acquirente sia vicino alla cosa — e quindi la possibilità della influenza immediata fisica non può essere un requisito assoluto dell'apprensione.

Se non che dove anche esiste questa possibilità, e vi si aggiunge la scienza e la volontà, essa non è sempre sufficiente. Vorrei vedere se taluno è in grado di mettere in consonanza colla teoria dell' apprensione di Savigny le seguenti due decisioni. Pel fr. 5, § 3 de A. R. D. (41. 1), ognuno può « sine furto possidere » i favi, che uno sciame di api aliene ha formati sul mio albero, vale a dire io non ho acquistato il possesso nè sui favi, nè sull'api, § 2 ibid. Rispetto alle seconde ciò è naturale, ma per ciò che concerne i favi, formati sull'albero del mio giardino, io dovrei credere che essi non mi appartengano meno dei tordi che sono rimasti attaccati ai ca-

(1) Savigny, pag. 223, Nota, schiva la opportunità di esprimere la sua opinione su questo passaggio. E, nel vero, mentre dice: « la decisione sta nelle parole: si in meam *potestatem* pervenit, meus factus est », egli non fa che tradurre le parole del giurista « summam tamen hanc esse puto. »

lappi appesi nella mia foresta. Qui sussiste la possibilità della immediata influenza, la scienza e la volontà, — e perchè no il possesso?

La seconda decisione concerne lo acquisto del tesoro, vale a dire di una cosa nascosta in qualunque tempo e in qualunque luogo (Savigny pag. 229). Le opinioni dei giuristi romani intorno ai requisiti dell'acquisto del possesso in questo caso erano divise, alcuni vecchi giuristi accordavano il possesso al possessore del fondo, nel quale era nascosto il tesoro, non appena egli ne avesse avuta notizia, mentre la maggioranza, la cui opinione fu approvata da Giustiniano, ammetteva appena allora il possesso: « si ipsius rei supra terram possessionem adeptus fuissem, » oppure si loco notus sit (1). Siccome poi nel fr. 3, § 3 de poss., che contiene la seconda versione, è aggiunto il motivo: « quia non sit sub custodia nostra » così è manifesto, che il proprietario del fondo, sino a che non ha scavato il tesoro, non può influire immediatamente sullo stesso, nè disporre del medesimo. Se non che io domando, procede forse diversamente la bisogna rispetto alla cosa deposta in mia assenza nella mia abitazione, o rispetto alla selvaggina caduta nell'agguato da me preparatole? Se deve decidere la sicurezza del dominio fisico sulla cosa, in questo caso essa sussisterebbe, a mio credere, non meno che nella custodia domestica. Savigny (pag. 230) trova è vero che questa è una custodia speciale, e possibile soltanto in una casa, e quindi in un'aggiunta alla sesta edizione, in piena contraddizione colle decisioni dei giuristi romani, compilate in forma affatto generale, fa sorgere subito per effetto della scienza il possesso sopra un tesoro nascosto nella stessa casa. Senza entrare qui nell'esame delle considerazioni, sulle quali riposa positivamente la decisione dei giuristi romani (vedi più sotto XII), non posso sopprimere la domanda perchè un muro alto, insormontabile, non possa accordarmi, rispetto a un tesoro nascosto in un giardino, la stessa « coscienza di dominio fisico » che mi accorda la deposizione di una cosa, durante la mia assenza, in una mia corte o in un vestibolo aperto (2).

(1) Fr. 3, § 3; fr. 44 pr. de poss. (41. 2); fr. 15 ad exh. (10. 4).

(2) In occasione della perdita del possesso (pag. 340-341) Savigny, con riguardo alla custodia causae del fr. 44 pr. de poss., e in relazione alla conti-

Passando in rassegna i rapporti sin qui accennati, ritengo, che a Savigny non è riuscito in alcun modo di metterli in armonia col suo concetto dell' apprensione, e se ciò non pertanto egli si abbandona a questa credenza, che viene condivisa da tutta la nostra moderna giurisprudenza romanistica, ciò va ascritto esclusivamente alla circostanza, che egli in parte smentisce il suo concetto dell' apprensione là, dove esso gli riesce incomodo, e in parte non valuta alcuni dei rapporti da me citati. Per me non è possibile che la seguente alternativa. O Savigny ha ragione quando asside il concetto dell' apprensione sulla « possibilità fisica d'influire immediatamente sulla cosa », e in questo caso io comprendo perchè le chiavi del magazzino non procurino il possesso del magazzino, e il possesso del fondo non procuri quello del tesoro, ma non comprendo:

1) come Savigny possa accordarmi il possesso del tesoro immurato nella mia casa, sendochè non sia possibile influire immediatamente sullo stesso sino a che non venga allontanato il muro,
2) come, in mia assenza, forse mentre io sono lontano parecchie miglia, mediante deposizione della cosa nella mia abitazione,
3) oppure mediante gli agguati tesi nella foresta alla selvaggina, possa sorgere per me il possesso; e neppure
4) perchè io non acquisti il possesso sui favi formati sul mio albero.

Oppure non è necessaria la possibilità della immediata, vale a dire della pronta personale influenza, ma basta il sicuro dominio sulla cosa ottenuto in qualunque modo. In questa ipotesi io comprendo i casi 1, 2, 3, non così il motivo per cui io non debba avere anche il possesso sul tesoro che giace nel mio fondo, e la tradizione delle chiavi non debba accordarmi il possesso del magazzino o della casa. Il caso 4 resta per me, sì nell'una, che nell' altra ipotesi, un enimma.

nuazione del possesso, equipara la custodia domestica al sotterramento nel campo, « sendochè la speciale misura, che è presa pella custodia, gli assicuri il ritrovamento per lo avvenire. » E nella nota soggiunge: questa è la naturale importanza della custodia, la differenza nello acquisto e nella perdita del possesso è soltanto graduale. Per tal modo fa capolino la custodia anche pel giardino.

Per tal modo la teoria dell' apprensione di Savigny si risolve in contraddizioni palpabili, ora è necessaria la presenza, ora no, ora basta la sicurezza del dominio fisico, ora no — la deduzione di Savigny si accomoda alle concrete decisioni, che devono interpretarsi, e dimentica quando perviene alla seconda, ciò che ha detto rispetto alla prima. Per tal modo riesce possibile di combattere Savigny con Savigny. Io voglio supporre, per es., che m'interessi di dimostrare che, come opina Savigny, la tradizione delle chiavi, mi debba procurare il possesso del magazzino, qui mi basta ricorrere al suo pronunciato sulla custodia (pag. 237), in base al quale la sicurezza del dominio mi accorda il possesso. Oppure io voglio in quella vece provare, che la custodia non può procurare alcun possesso e qui io ricorro al suo pronunciato sul tesoro (pag. 237), in base al quale il proprietario del fondo non deve averne il possesso « pel motivo che anche qui può di leggeri avvenire, che non egli, ma un altro lo trovi, nel qual caso il tesoro non era in realtà in alcun momento in potere del proprietario? » Il pericolo che un altro mi prevenga nella fisica apprensione sussiste desso maggiormente rispetto al tesoro, che è sotterrato e invisibile, oppure rispetto al pacchetto di libri deposto nel mio vestibolo aperto? La risposta è indubbia ove si confrontino spregiudicatamente i due casi. Difatto sembra che lo stesso Savigny creda poco alla serietà di quel pericolo, sendochè, in occasione della teoria della perdita del possesso (pag. 341), il sotterramento del tesoro apparisca quale « custodia, vale a dire, quale speciale misura, che ne assicura il ritrovamento per lo avvenire. » (Nota 2, pag. 126).

Venendo ora alla *perdita del possesso*, la formula enunciata da Savigny, è, a mio vedere, così poco adequata come quella sull' acquisto del possesso. Il possesso deve continuare sino a tanto che continua la possibilità di riprodurre a piacimento lo stato originario; si verifica quindi la perdita del possesso, se, nelle veci della possibilità, subentra l' *impossibilità di tale riproduzione* (p. 339).

Prendiamo in più vicina contemplazione questo concetto.

La nostra teoria lo ha accettato a occhi chiusi e senza ostacoli, pel motivo ch'essa, a mio credere, non si trovava in stato di sostituirvi nulla di meglio, e appunto per ciò ha evitato di attaccarlo. Io, a mia volta, in tutta la giurisprudenza non ne conosco un altro che resista, come quello, a ogni seria applicazione.

L' impossibilità di riprodurre a piacimento lo stato originario deve adunque decidere se il possesso sia andato perduto. Riproduzione a piacimento significa dessa per avventura: non è lecito opporre alla stessa alcun impedimento? Ciò dovrebbesi attendere ove si rifletta alla parola « a piacimento » oppure « ad arbitrio » (p. 339), dappoichè, se io devo prima superare degli impedimenti e vincere l'opposizione, che mi viene mossa da altri, il risultato non dipenda soltanto dal mio *beneplacito,* dal mio *arbitrio,* ma in pari tempodal rapporto della forza, che sta a mia disposizione, coll' *impedimento* che le sta di fronte. Savigny non si è esternato affatto su questa questione; non ci resta quindi altro che stabilire il modo di rappresentarsi il suo concetto colla scorta dei singoli casi, nei quali egli ne fa applicazione. La cosa mi viene involata mediante furto o rapina; ho io perso il possesso? Sì « qui è manifesta la esclusione del nostro dominio sopra questa cosa » (p. 340). Lo stesso dovrebbesi dire, per ragione di conseguenza, anche nel caso, « in cui il nostro fondo viene occupato in nostra assenza da taluno, che è in stato d' impedire con violenza il nostro ritorno, sendochè da questo momento ci sia sottratta altresì la possibilità fisica d' influire sulla cosa precisamente come in quei casi, ma qui siffatta regola è stata limitata da una strana eccezione » (p. 348).

Qui non voglio esaminare se tutti questi casi non possano essere d' indole tale da procurare facilmente al possessore il ricupero della cosa — una possibilità alla quale annette una decisa importanza anche Celso nel fr. 18, § 3 h. t.:

> non desisse illico possidere existimandus sum, *facile expulsurus* finibus simulatque sciero,

e alla quale lo stesso Savigny non è restato affatto estraneo, tanto è vero ch' egli la esclude rispetto alla occupazione, nella presupposizione che l' altro « sia in istato d' impedire violentemente il nostro ritorno. » (Chi sa, s'egli lo possa impedire, e se lo può, se lo voglia impedire?) Ma sia pure: ogni impedimento, che si frappone a noi, deve bastare per togliere il nostro possesso, io esigo però conseguenza. È distrutto il ponte, che conduce al nostro fondo, sino alla sua ricostruzione ci è reso impossibile l'accesso al medesimo, oppure il nostro fondo è inondato, continua egli il possesso? Sì, risponde Savigny, « s'intende da sè che un simile impedimento *transitorio* non

sottrae il possesso » (340, N. 3). Come ciò s'intenda da sè non mi è dato di concepire (1). E, nel vero, se il momento della transitorietà, che qui sorge improvvisamente come un requisito essenziale pella fissazione del concetto, deve esercitare una così decisiva influenza, perchè un impedimento transitorio non fa cessare almeno transitoriamente la possibilità dell'arbitraria riproduzione dello stato originario? Se però il possesso è interrotto anche transitoriamente, cessa anche la sua continuità, e il possesso posteriore non è più il vecchio, ma un nuovo possesso. E qui io mi riporto allo stesso Savigny: « Col solo animus si perde il possesso, se il possessore in un qualunque momento vuole *abbandonarlo*, sendochè in questo momento sia senz' altro impossibile la riproduzione della volontà originaria mediante l'opposta determinazione della volontà. Eppertanto anche nel caso che il precedente possessore si decida in seguito a possedere di bel nuovo, ciò può occasionare tutt'al più una nuova apprensione, perchè il precedente possesso ha cessato pienamente di esistere! » (p. 365). Qui non cade in acconcio di assoggettare a una critica questa ultima opinione di Savigny, ma basterà usufruttarla ad illustrazione della superiore decisione. È per avventura più *durevole* l' impedimento, che fa nascere il possessore mediante il cangiamento della sua volontà, che non lo sia l' avvenimento naturale che ha distrutto il ponte che conduce al suo fondo? Con un nuovo cangiamento della volontà l' impedimento viene eliminato, mentre la ricostruzione del ponte può durare qualche tempo, anzi, chi sa persino se il possessore, o quello al quale appartiene, lo farà mai ricostruire? Ma sia pure: un impedimento transitorio, non deve far cessare il possesso; con quale scorta si decide la questione se esso sia transitorio, con riguardo al momento attuale o al risultato? Se in base al primo, sorge l' altro quisito: è più facile per me riparare un ponte, o ricuperare le tavole e gli assi che il mio vicino ha furtivamente nascosto nella sua corte, le colombe che ha nella stessa guisa celate nel suo colombaio? Nell' ultimo caso non sarà nep-

(1) Savigny punto valuta il fr. 30 § 3 de poss. (41. 2): item quod mari aut flumine occupatum sit possidere nos desinimus, e il fr. 3, § 17: desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupaverit (non è detto se transitoriamente o durevolmente, e chi potrebbe saperlo anticipatamente?i) ibid. Amendue questi frammenti contraddicono l'assunto del citato autore.

pure necessario che io prenda di mia autorità quegli oggetti, giusta ogni probabilità, il vicino, dopo che io ho rilevato la cosa, sarà pronto a restituirmeli, e con piacere, per evitare una denunzia giudiziaria. E persino in caso diverso non posso io dire sin d'ora, con riguardo all'esito di tale denunzia: l'impedimento che l'avversario oppone al mio possesso è d'indole transitoria? Oppure deve decidere l'esito? Ebbene, esso deve decidere si nell'uno che nell'altro caso. Se io ottengo dopo pochi giorni le cose che mi sono state involate mediante furto o rapina, io non dovrei, sotto questa presupposizione, aver mai perduto il possesso, se non lascio durevolmente rifabbricare il ponte io dovrei per inverso averlo perduto retroattivamente.

« Se il luogo, nel quale si trova la nostra cosa, ci è *affatto inaccessibile* » giusta Savigny, si avvera la perdita del possesso (p. 340). Savigny si richiama al fr. 13 pr. de poss. (41. 2), dove il giurista quanto alle « lapides in Tiberim demersi naufragio et *post tempus* extracti » esprime la sua opinione nei seguenti termini: dominium me retinere puto, possessionem non puto. » Motivando la mia opinione (XIII), avrò occasione di mettere in vera luce l'importanza dell'aggiunta « post tempus », ignorata del tutto da Savigny. Ma, prescindendo anche da questa circostanza: era il letto del Tevere « affatto inaccessibile » ? La migliore controprova sta in ciò che le pietre furono « post tempus » estratte. Se non che a questo effetto occorrevano preparativi artificiali! E non occorrono gli stessi anche pel ponte che è caduto a fondo?

Se taluno ha nascosto la sua cosa nella propria casa, in modo da non poterla ritrovare, continua, com'è noto, il possesso. Savigny cerca di giustificare questa proposizione nel riflesso: « che la speciale misura, presa pella sua custodia, gliene assicura il ritrovamento, *per lo avvenire* » (p. 341). Giova però domandare: che importa pella possibilità della *pronta* riproduzione dello stato originario la sicurezza del ritrovamento *per lo avvenire* ?

Il possesso dura, senza la presenza della persona, anche sopra fondi lontani, sopra pascoli estivi e invernali, che vengono usati soltanto periodicamente, e sono forse discosti parecchie giornate dal luogo ove soggiorna il possessore. Lo stesso Savigny concede, che qui « la possibilità fisica del trattamento arbitrario è bensì mutata in

una *possibilità* più remota, ma non in generale eliminata » (p. 348). Ma se basta questa possibilità « più remota » alla quale si oppongono parecchie giornate di viaggio, perchè non deve essa bastare pell'animale domestico, che si è smarrito (p. 342), pel portafogli, che ho perduto nel bosco in un sito « ignoto? » (p. 340), lo posso con minore fatica inviare dei messi perchè mi riportino l'animale domestico o il portafogli che intraprendere il viaggio verso quei fondi lontani.

Se il possessore impazzisce, non cessa per ciò il suo possesso (1). Noi abbiamo superiormente additato il motivo pratico che rende necessaria questa disposizione. Si dovrebbe credere, che Savigny designi questa proposizione come una proposizione singolare, inconciliabile colla sua formula; e difatti come si può parlare rispetto a un pazzo della possibilità di riprodurre a piacimento l'originaria volontà possessoria? Se non che la formula conserva anche qui una ammirabile arrendevolezza e flessibilità. Siccome in questo caso è soltanto *soggettiva* e *fortuita* la impossibilità di volere un determinato possesso, così circa al rapporto con ogni cosa posseduta non costituisce una differenza essenziale, se questo possesso sia stato soltanto dimenticato per lungo tempo, o lo stesso possessore sia divenuto pazzo. Qui ci viene fornito per la seconda volta un momento importante per la negativa determinazione del concetto della impossibilità. Nella stessa guisa che non si prende in considerazione una impossibilità « transitoria », non devesi neppure prendere in considerazione una impossibilità « soggettiva e fortuita. » Ma la impossibilità, che ha il suo fondamento nell'animus, non deve essere di necessità soggettiva? Non è per avventura soggettiva la risoluzione di non più possedere? ! Sorviene quindi il momento fortuito ! È meno fortuita la morte della pazzia? Là cessa il possesso, qui esso continua, la volontà manca però in amendue i casi. E dove sta scritto, che avvenimenti fortuiti non abbiano il potere di far cessare il possesso? Non è anche un accidente se io perdo una cosa, o se l'uccello fugge dalla gabbia aperta? Colla stessa ragione, con cui Savigny crede di poter usufruttare il caso, in cui il possessore dimentica il suo possesso, pel caso ch'egli impazzisca, si potrebbe dal fatto che il pos-

(1) Fr. 27, h. t. fr. 4; § 3, fr. 31; § 4 de usurp. (41. 3).

sesso non va perduto, se la cosa non si trova per lungo tempo nelle mani del possessore, trarre un argomento pel caso, in cui la stessa gli va affatto perduta.

Ma mettiamo fine agli esempj rivolti a dimostrare quanto poco Savigny sia stato in grado di attuare il punto di vista da lui stesso enunciato. Dovunque si riscontrano limitazioni, indeterminatezze, contraddizioni, un continuo torcimento dialettico, una casuistica e dialettica momentanea, la quale in ogni singolo caso spinge innanzi momenti essenziali, punto contemplati nella motivazione e fissazione del concetto stesso, una dialettica, che si accomoda a tutto che dimostra sempre, ciò che si appalesa appunto necessario, e poco stante dimentica quanto ha detto in precedenza. Addurremo una semplice prova che Savigny non può accollare ai giuristi romani la responsabilità pella sua formula. Se Savigny ha ragione, vige pel possesso la legge della *vis inertiæ*, vale a dire il possesso continua in sussistenza della semplice possibilità della riproduzione dello stato originario, se anche questa possibilità mai si converta in realtà. La cosa, che io ho lasciata nel bosco, il fondo lontano, che io nè coltivo, nè mai visito, restano sempre nel mio possesso, se anche trascorrono 50 anni. Si dovrebbe credere, che questo risultato, che ripugna del tutto all' aspetto naturale del rapporto possessorio, *sia atto a rendere* peritanti i difensori del superiore punto di vista, e a richiamare la loro attenzione sui passaggi che esprimono il contrario (XIII). Se non che, dominati da una fede incrollabile nella verità del loro assioma, essi non solo hanno sorvolato a occhi chiusi quei passaggi, ma hanno spinto persino il fanatismo della conseguenza sino al punto di felicitare il quasi possesso con questa legge della *vis inertiae*.

Taluno, mediante ripetuto esercizio *del diritto* di passaggio, ha acquistato sul fondo vicino il quasi possesso del medesimo, ch'egli più non esercita per 10, 20, 30 anni. Che avviene del quasi possesso? Esso continua allegramente, sendochè nulla si frapponga alla possibilità della riproduzione dello stato originario, vale a dire alla ripetizione. Così c'insegna Savigny, nell'atto che egli (p. 481), per ciò che concerne questo rapporto, ci rimette allo stesso principio, che crede di aver motivato pel possesso sulle cose, e ch' egli considera decisivo anche pel quasi possesso delle servitù personali

« Questo possesso viene continuato, come ogni altro, mediante l'ininterrotta possibilità di riprodurre il dominio originario: e perduto conseguentemente se cessa questa possibilità » (p. 474). Gli si affaccia bensì un'apprensione. Mediante non usus di 10 anni la stessa servitù si estingue — che accade del quasi possesso, se quella è estinta? Qui, opina Savigny, « il possesso andò perduto per tutto il tempo intermedio, sebbene quella riproduzione fosse sempre possibile. »

Uno strano aspetto assume per tal modo il rapporto possessorio durante questo tempo! Se il quasi possessore nell'ultimo giorno del decimo anno si ricorda della servitù e la esercita, egli ha avuto il possesso per tutta quella serie di anni, se trascura di esercitarla, egli non lo ha avuto neppure in antecedenza. Il possesso, la cui natura di fatto viene in altro sito talmente accentuata dallo stesso Savigny, che egli p. es. fa sorgere appena dal momento della ratihabitio il possesso acquistato mediante il negot. gestor, sendochè non sia naturalmente ammissibile nel possesso un computo retrospettivo, che può aver luogo soltanto rispetto alle azioni propriamente giuridiche (p. 316), il possesso adunque deve qui subire questo computo retrospettivo; « durante il semplice usufrutto esso è in suspenso, e appena in esito alla ripetizione dell'uso, o appena dopo la decorrenza di tutto il tempo, è dato di vedere, se esso abbia sussistito o meno nell'epoca intermedia » (p. 475). A ragione osserva Puchta (1), che nel resto divide l'opinione di Savigny (2), che que-

(1) Nel suo articolo sul possesso nel Lessico giuridico di Weiske, II, P. 72.

(2) P. 71 ibid. « Il quasi possesso va quindi perduto, non già pel non esercizio, ma appena in seguito alla impossibilità di ricollocarsi a piacimento nell'esercizio di fatto del diritto. » L'autore della opera più recente, e assai commendevole sul possesso. (Randa Il possesso secondo il diritto austriaco con riguardo al diritto comune, etc. Lipsia 1867, p. 348 seg.), si è uniformato pienamente in questo punto a Puchta, e non retrocede neppure dinanzi alla conseguenza rilevata nel testo. Gli basta un solo atto durante l'epoca trentenne della prescrizione perchè il possesso non vada perduto (p. 350), e persino questo atto non è necessario se durante l'epoca prescrizionale non si presentò la occasione di esercitarlo (p. 352).

Anche Bruns (possesso p. 475) aderisce del tutto a questa opinione. Egli dichiara non meno falso l'assunto, che il possesso consista nello esercizio della servitù, dell'assunto « consistere l'esercizio della proprietà nel possesso sulle

sta è una ammissione arbitraria, che apparirebbe soltanto allora giustificata, se fra l'esistenza del diritto e il possesso intercedesse una connessione così essenziale che il secondo non potesse sussistere senza il primo; taluno può però restare possessore, mentre il diritto è estinto. Mentre, su questa base, fa continuare il possesso anche dopo l'estinzione della servitù mediante non usus, Puchta si propone la questione quali conseguenze abbia questo possesso, e la risolve rispondendo: — *nessuna conseguenza!* Avvegnachè amendue le conseguenze del possesso: l'usucapione e gl'interdetti presuppongano l'esercizio per parte del quasi possessore, quella un esercizio continuo, questi l'esercizio entro un'epoca determinata prima che si promova l'azione. « Per tal modo, » così egli prosegue, « resta ferma la proposizione, che il quasi possesso non può, è vero, sorgere senza l'effettivo esercizio, ma può essere continuato senza il medesimo; del resto questa proposizione è spoglia di pratica efficacia, perchè quelle due conseguenze del possesso non esigono soltanto la sua esistenza *in abstracto* (!), ma uno stato di vero esercizio. » Davvero che una opinione tanto malsana non ha ancora mai pronunciato sopra sè stessa un giudizio così annichilante con eguale ingenuità. Un possesso, al quale mancano le due uniche conseguenze, che gli danno importanza giuridica, e che ciò non pertanto continua « *in abstracto* »; il coltello di Lichtenberg senza lama, e senza manico? Perchè e quanto dura questo possesso senza conseguenze? Perchè? Soltanto pel motivo ch'egli non può morire a causa di una formula teoretica. Quanto? Sino a che non muore il possessore, e quindi, trattandosi di una persona giuridica, in eterno!

Abbandoniamo pure tranquillamente alla eternità questo possesso, che non ha alcuna importanza per questo mondo, in attesa che nell'altro venga fatto di comprendere questo possesso esistente soltanto « in abstracto » anche a quelli, che nella loro mortale carriera non

cose. » Soltanto pell'acquisto del possesso i diritti positivi esigono l'esercizio: se il possesso è una volta acquistato mediante l'esercizio, esso continua sino a che durano la volontà e la possibilità di fatto di ripetere a piacimento tale esercizio. » I propugnatori di quella opinione dimenticano del tutto che il concetto della quasi juris possessio era soltanto una astrazione dei giuristi, mentre l'editto pretorio, che soltanto è decisivo nella soggetta materia, negli interdetti quasi possessorii adoperava sempre l'espressione usus es.

ravvisano nel medesimo che il parto di una inferma dialettica, che perde affatto di vista gli scopi pratici e gl' interessi del diritto, e che ricorda la scolastica del medio evo. Se non che questa invenzione di Puchta è ferace di utili insegnamenti, anzi, ai miei occhi, inestimabile, perchè essa mostra l' abisso al quale si corre incontro quando si si presenta l' importanza del possesso considerato in sè e per sè — *s'incomincia colla idea del possesso, stabilita a priori, e si finisce col possesso esistente nella idea.*

Ritorniamo ora al possesso sulle cose, e, proponiamo il quesito: È per avventura migliore del quasi possesso senza esercizio, la continuazione del medesimo senza detenzione, per es. sulla cosa che ho deposto nel bosco, e poi dimenticata (Savigny, pag. 354: « dimenticata per lungo tempo)? » Anch'esso continua a sussistere, pel solo motivo che non può morire, come « possesso astratto », che nessuno vede, del quale nessuno, neppure lo stesso possessore, ha un presentimento. Ciò che gli prolunga la vita si è soltanto la pretesa legge di Savigny della *vis inertiae*, pella quale un possesso continua sino a che nello stato sussistente subentra un cangiamento, che converte in impossibilità la possibilità di riprodurre a piacimento il rapporto originario. Dimostreremo in seguito che questa legge è affatto ignota al diritto romano.

Ad ogni modo è comoda questa teoria della *vis inertiae*. Comoda pel possessore, che può con tutta tranquillità incrociare le mani, e persino nel giorno dello estremo giudizio ritornare a questo mondo come possessore, purchè lo abbia seguito nella eternità la volontà di possedere, e non sia avvenuto alcun cangiamento nella posizione esterna della cosa. Comoda pel giudice, al quale offre un regolo, in base al quale, senza rompersi il capo, può stabilire la presente esistenza del possesso. Se il possesso non è cessato in forza di un actum in contrarium esso continua allegramente; il possessore deve provare che è *sorto*, l'avversario che è *cessato* in quel modo. Per tal guisa sparisce pel giudice ogni occasione a prendere in attenta disamina il rapporto possessorio, còmpito che gli viene assegnato dalla mia teoria, quei due poli del possesso racchiudono in sè la continuazione del medesimo ed escludono con ciò la sua investigazione per parte del giudice. Se non che la comodità di una opinione non le dà ancora il diritto a un valore pratico e scientifico. Se ciò fosse, anche l'idea dei giu-

risti medio-evali, di rendere accessibile l'incomoda e indeterminata nozione del diritto consuetudinario, enunciando come suo requisito un certo numero di casi e di anni, avrebbe dovuto essere adottata dalla scienza, sendochè la misurazione a braccio del diritto consuetudinario sia assai più comoda della sua disamina interna. Ma questa misura non può essere dappertutto adoperata, specialmente se si tratta di nozioni, che non sono assise sopra un singolo atto, ma sopra una condizione durevole, quali sono appunto il diritto consuetudinario e il possesso. In amendue si tratta della esteriorità, là di un precetto giuridico, qui di un fatto, e in amendue non si potrà sfuggire al cómpito di operare in base a un *punto di vista*, anzichè in base a un *regolo* confuso e indeterminato, a meno che non si voglia emettere una massima esterna, meccanica, a spese della idea dello istituto. Passiamo ora a studiare e dimostrare questo punto di vista.

XI. — IL POSSESSO È L'ESTERIORITA' DELLA PROPRIETA'.

Per esteriorità della proprietà io intendo lo stato normale esterno della cosa, nel quale essa adempie alla sua destinazione economica, di servire all'uomo. Questo stato assume, a seconda della diversità della cosa, un diverso aspetto esterno, rispetto ad alcune cose gli viene seguace la detenzione o il possesso fisico della cosa, mentre rispetto ad altre non si avvera questo estremo. Alcune cose sogliousi tenere sotto la propria custodia personale o reale, altre invece sogliensi lasciare senza protezione e sorveglianza (1). Il contadino lascia in campo aperto i suoi mucchi di fieno, e i covoni, l'architetto i materiali di costruzione sullo spazio destinato alla fabbrica, ma nessuno fa altrettanto rispetto ai suoi oggetti di valore, alle mobiglie, ecc., ch' egli nasconde nella sua casa. Epperò lo stesso stato, che è il normale per quelle cose, apparisce anormale pelle altre, perchè rispetto alle stesse non suole manifestarsi così la esteriorità della proprietà; d'onde, ritenuta l' esattezza della nostra teoria, la

(1) Qui si avvera adunque la stessa antitesi come rispetto ai servi custodir soliti e non soliti dei romani; pegli ultimi vedi fr. 18 pr. Commod. (13. 6), fr. 25 de R. J. (50. 17).

conseguenza, che il possesso continua nel primo caso, e cessa nel secondo. Chi trova in questa condizione una cosa della prima categoria deve pensare che essa si trovi nella medesima colla volontà del possessore, mentre deve pensare il contrario se trova nella stessa condizione una cosa della seconda specie; nel primo caso, se prende seco la cosa per consegnarla al possessore egli invade un *rapporto giuridico* estraneo, *visibile*, che balza agli occhi, non così nel secondo, anzi per inverso egli rende un servizio al possessore, prendendo seco la cosa per consegnargliela. Eppertanto il carattere giuridico del rapporto, nel quale essa sta col suo proprietario, diventa *visibile* in amendue i casi. Tanto il possesso, che il non possesso, è visibile, e appunto questa *visibilità* è di somma importanza pella sua *sicurezza*. E, nel vero, la sicurezza del possesso non riposa soltanto sul *momento* fisico, vale a dire sulle misure di sicurezza prese pella sua protezione, ma riposa parimenti sul momento *morale* o *giuridico*, vale a dire sull' avversione di ledere diritti alieni, ingenerata dal senso giuridico o dalla legge. Se io passo presso i calappi, tesi da un altro nella foresta, senza intascare i tordi appesi ai medesimi, il motivo che mi trattiene non è d'indole fisica, ma puramente morale; il rispetto pella proprietà altrui. Gli è vero che il ladro non retrocede dinanzi a questo riflesso, ma in suo confronto non offrono una sufficiente sicurezza neppure le mura, le serrature, i catenacci; e, come lo insegna l'esperienza, vengono rubate più cose che si trovano in custodia, che non quelle che non sono punto custodite.

Sin qui ho esposto in breve il lato essenziale della mia opinione; ora passo, parte a motivarla, parte a svolgerla ulteriormente, scomponendola in varie tesi — forma questa che renderà più agevole al lettore la disamina della mia opinione.

1. Il diritto romano ammette il possesso in alcuni casi, nei quali manca affatto una sorveglianza personale della cosa, o misure reali pella sua sicurezza.

Questa asserzione non abbisogna di prova; a ognuno, che conosce la teoria possessoria, saranno presenti gli esempi di possesso sopra fondi lontani, e sopra i saltus hiberni et aestivi; fra le cose mobili cito gli schiavi assenti e la selvaggina caduta negli agguati del cacciatore (fr. 55 de A. R. D. 41. 1). Se il possesso della selvaggina viene *acquistato* persino in assenza del cacciatore, come ab-

biamo in precedenza veduto, non si può revocare in forse che il possesso sugli agguati e sui calappi continui anche in sua assenza.

2. Questa continuazione è inconciliabile col punto di vista del dominio fisico.

Di un dominio fisico sulla cosa può, in via razionale, essere soltanto parola, o quando si è presso la stessa, oppure quando la si custodisce in modo, che non la possa prendere ognuno che ne abbia voglia. Io ho un dominio di fatto sul mio fondo lontano, sino a che io mi trovo sullo o presso lo stesso; esso cessa se io mi allontano, e non posso impedire ad alcuno di occuparlo. Gli è un grande abuso linguistico parlare di dominio fisico in questo caso. Come s manifesta questo dominio fisico? In nessun modo! Gli è un dominio fisico, al quale irridono i lepri, che mangiano i cavoli del mio campo, e i fanciulli che giuocano coi miei covoni di fieno! Questo dominio fisico corre parallelo al quasi possesso « in abstracto » di Puchta — gli è un dominio fisico senza realtà fisica — una lanterna magica sulla parete.

3. Il punto di vista della riproduzione arbitraria dello stato originario non basta a giustificare in questi casi l'ammissione di un dominio fisico.

Difatti non è vero anzi tutto che questa possibilità si riscontri in tutti i casi, nei quali il diritto romano lascia continuare il possesso — si pensi soltanto alla villeggiatura estiva, collocata sopra una altura (saltus aestivi), che il possessore abbandona in autunno, e rispetto alla quale il tentativo di quella riproduzione durante l'inverno potrebbe in date circostanze costargli la vita. E poi che rileva la possibilità della *successiva ripristinazione* pella questione, se io abbia *presentemente* il potere fisico sulla cosa? Io posso riaccendere in ogni momento la mia stufa, se il fuoco si spegne, ma non per questo posso dire che è *calda* sino a che è fredda — La possibilità non è realtà!

4. Questa possibilità, sino a che esiste, non è assisa sull'elemento *fisico*, ma sull'elemento *giuridico* e *morale* del possesso.

Nella prima parte di questa proposizione tocco di una percezione, che, a mio credere, sebbene non sia stata espressa scientificamente, e forse appunto per questo, ha sorretto potentemente l'errore qui

impugnato. Essa ha per sè una certa apparenza rispetto a quegli oggetti, che il possessore ha sotto la sua custodia personale o reale, (*custodia*) però anche rispetto a questi oggetti tale apparenza ha soltanto una verità limitata. E, nel vero, non ai muri, alle serrature, ai catenacci, agli armadi, alle tasche soltanto io devo la sicurezza delle cose mobili, ma a questi impedimenti esterni, che io oppongo agli appetiti alieni, si aggiungono gli steccati *invisibili*, coi quali il diritto circonda la mia proprietà: l'ordine giuridico, il senso giuridico diffuso nel popolo, il timore del ladro di essere scoperto e punito. I pochi articoli del codice penale, attinenti al furto, alla rapina, alla privata difesa, pesano ben più di tutti i mezzi meccanici di sicurezza; se quelli scompariscono si vedrà subito quanto poca importanza abbiano i secondi.

Nei casi superiori, e in una grande quantità di casi, che verrò in seguito additando, la sicurezza del possesso riposa poi *esclusivamente* su quelle garanzie morali e giuridiche, soltanto all'efficacia delle stesse, e non ad altre circostanze, il possessore del fondo deve la sicurezza che nessun altro approfitterà della sua assenza per appropriarsi il possesso. Queste garanzie, non il rapporto fisico colla cosa, gli assicurano la possibilità, messa in campo da Savigny, di riprodurre a piacimento il rapporto originario, senza di esse la sua confidenza, riposta in questa possibilità, non sarebbe più fondata della sua speranza di guadagnare una lotteria, vale a dire essa sarebbe una possibilità meramente astratta; il primo capitato potrebbe metterle un termine. Gli è uno degli errori più gravidi di conseguenze, e uno dei più fatali, che sieno stati commessi nella teoria possessoria, quello di aver assisa la sicurezza del possesso, e con ciò lo stesso possesso, sul punto di vista della sicurtà meccanica, del dominio fisico; la sicurezza del possesso è basata essenzialmente sulla protezione giuridica, accordata al rapporto di diritto dell'uomo colla cosa.

5. I pratici motivi della vita commerciale sono decisivi pella questione, a quale rapporto esterno colla cosa il legislatore debba accordare questa protezione.

In base alla opinione da me impugnata, pella quale il legislatore nello istituto possessorio dovrebbe essere guidato soltanto dalla idea, che il potere fisico dell'uomo sulla cosa merita protezione giuridica,

al legislatore stesso e alla giurisprudenza non spetterebbe essenzialmente altro cómpito che quello di stabilire colla maggiore precisione il concetto del dominio fisico, e i casi nei quali lo si deve ammettere. Di fronte a questo stato di cose il diritto romano avrebbe misconosciuto tale cómpito, statuendo un possesso in certi casi, nei quali manca affatto quella presupposizione.

Se però il punto di vista del legislatore è quello che noi abbiamo svolto in precedenza, la idea di un completamento della protezione proprietaria, non investigazioni linguistiche sono decisive pella questione in quali casi si debba accordare la protezione possessoria, ma sibbene gl'interessi dello istituto della proprietà, e la intera questione del rapporto del possesso, e della protezione possessoria si aggira, nel modo preindicato, sul seguente punto: la protezione possessoria non va accordata nei casi ove esiste un possesso nel senso naturale della lingua, ma noi giuristi parliamo di possesso, soltanto quando si può impartire la protezione possessoria, senza preoccuparci se l'uso linguistico volgare della vita si trovi d'accordo con noi o meno.

L'interesse proprietario determina quindi la protezione possessoria, e con essa il concetto del possesso; dove si deve accordare la prima, per motivi pratici, il giurista deve designare come possesso lo stato della cosa, persino quando esso (p. es. trattandosi di uno schiavo fuggitivo) nulla abbia in sè del possesso nel senso naturale della parola.

6. L'interesse proprietario si oppone alla limitazione del concetto del possesso, circoscritto alla fisica detenzione della cosa.

L'esercizio della proprietà, mediante il godimento effettivo della cosa, non è, per una quantità di cose, alligato alla esigenza di una sicurezza personale o reale; la sua destinazione economica, o la sua indole naturale, fa sì che essa spesso si trovi in uno stato sfornito di ogni protezione e sorveglianza. Il contadino, per escludere l'ingerenza dei terzi, non può circondare di muri i suoi prati e i suoi campi, egli non può far custodire da una sentinella il suo fieno, e la sua biada, che si asciugano sul fondo, o il gregge che vaga pel pascolo. Il vaccaro svizzero abbandona in inverno l'altura, l'oste la sua osteria estiva, collocata sull'apice delle alpi, il possessore del quartiere estivo abbandona quest'ultimo, senza che essi la-

scino qualcuno alla custodia della casa e della mobiglia che ivi rimane (1).

Quanti rami d'industria non esigono precisamente che gli oggetti necessari al loro esercizio rimangano allo scoperto senza sorveglianza! Il cacciatore lascia senza sorveglianza nel bosco gli agguati, e i calappi, il boscaiuolo la legna tagliata, il pescatore il suo pesce nella rete, il cavatore di pietre i sassi nella petriera, il minatore i carboni nel sito in cui gli ha distaccati, l'architetto i materiali di costruzione sullo spazio destinato alla fabbrica, il barcaiuolo scarica sabbia, pietre, legname sopra una piazza, senza che sia destinato alcuno alla custodia, e quante barche non restano vuote nel porto durante l'inverno, mentre i marinai si portano alle loro case, quanti battelli non sono attaccati alla riva in modo che ciascuno può scioglierli (2). Nella maggior parte di questi casi l'esigenza di una speciale *custodia*, allo scopo di conservare il possesso, condurrebbe indubbiamente al risultato, che si preferirebbe rinunciare del tutto alla protezione possessoria, anzichè procurarsela in un modo così pesante e costoso, e talfiata persino irrealizzabile praticamente. Il legislatore per tal guisa non farebbe che negare la protezione possessoria per questi rapporti. E per quale motivo? Soltanto in omaggio della idea fissa, che il possesso è la detenzione corporale della cosa.

Se non che questa idea è assolutamente falsa; il concetto possessorio praticamente possibile non può essere che il seguente:

7. Il possesso sulle cose è la esteriorità della proprietà.

Soltanto esso può effettuare quello stato in cui proprietà e possesso si coprono a vicenda, e che è imposto dallo interesse del

(1) Il « nuovo esempio dell'epoca attuale » che Baron in questi annali VII, pag. 144, crede di aver trovato nelle villeggiature estive quale contrapposto dei saltus aestivi e hiberni, si trova già in Teofilo, IV, 15, § 3 (προάστεια, suburbana).

(2) I casi superiori bastano per dimostrare la insostenibilità della opinione di Baron, che ha cercato nei miei Annali, VII, N. 2, di fondare la continuazione del possesso sulla custodia. La sua custodia « oggettiva » che dal fondo stesso può essere esercitata pel possessore, rispetto a tutti gli oggetti ivi attrovantisi, non rende neppure il servigio di uno spauracchio, sendochè questo tenga qualche volta lontane le passere, mentre quella custodia del fondo non allontana neppure un'anima. Vedi in quella vece Exner, la teoria della tradizione secondo il diritto austriaco e comune. Vienna, 1867, pag. 109 seg.

commercio. Così concepito, il possesso resta sempre a fianco della utilizzazione economica della proprietà, e il proprietario non ha da temere, che il diritto lo abbandoni, s'egli usa la cosa in un modo corrispondente alla sua destinazione.

8. La forma esterna di questo rapporto è diversa secondo la diversità delle cose.

Una teoria possessoria che, come la dominante, non intravvede l'influenza, che esercita il momento della diversità delle cose sull'aspetto esterno del rapporto possessorio, ed enuncia per tutte le cose la stessa formula, è sin dai primordi erronea, e mette capo a risultati affatto assurdi. Se io conservo il possesso sul letame e sull'argilla, che ho fatto trasportare sul mio fondo, e lasciato quivi durante l'inverno, in base a questa teoria io devo conservare il possesso anche sui bauli, armadi, casse, che abbandono parimente sul fondo — la riproduzione del rapporto originario, vale a dire la conferta sulla faccia del luogo, non è più difficile nell'uno che nell'altro caso. Se però io perdo il possesso delle cose da ultimo nominate, perchè non le ho più sotto la mia custodia, in base a quella teoria devo anche perderlo sul letame e sull'argilla.

Il diritto romano ha riconosciuto in vari casi l'influenza della diversità dell'impiego economico della cosa, per i saltus aestivi et hiberni (1), per gli schiavi (2), per gli animali (3), e affatto generalmente rispetto alla antitesi delle cose mobili e immobili (4). Il punto di vista da cui esso si lasciò guidare non è che quello da noi enunciato. La forma normale, nella quale il proprietario esercita la sua proprietà rispetto ai saltus aestivi et hiberni, consiste in ciò, ch'egli li usa soltanto periodicamente, e li abbandona periodicamente, rispetto agli schiavi in ciò ch'egli li lascia girare liberamente (a meno che non dieno adito a diffidare di loro) e persino li manda in viaggio, e commette loro il disbrigo dei suoi affari in paesi lontani (5), rispetto agli animali domestici, e agli animali selvatici domesticati, in ciò, ch'egli li lascia entrare e sortire libera-

(1) Fr. 3, § 11 de poss. (41. 2)... quamvis certis temporibus eos relinquamus.
(2) Fr. 3, § 13 ibid. excepto homine fr. 13 pr. ibid.
(3) Fr. 3, § 13 — 16 ibid.
(4) Fr 3, § 13 cit. res mobiles.
(5) Fr. 1, § 14 h. t. quos in provincia habemus.

mente (1). Per inverso rispetto alla maggior parte delle cose mobili questa forma consiste in ciò, che il proprietario le ha nella sua casa, e Celso ha dinanzi agli occhi questa categoria di cose quando nel fr 3, § 13. cit. enuncia la regola: res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri.

Che questa regola non vige pelle cose, rispetto alle quali non è usuale la custodia in quel senso, lo dimostra l' esempio della selvaggina caduta nello agguato (fr. 55 de A. R. D.). Se il possesso sulla medesima *sorge* persino senza custodia, con quanta maggior ragione dura il possesso sulla stessa, e sull'agguato. E se il possesso non va subito perduto rispetto alle cose cadute nell'acqua (2), con quanta minor ragione dovrà andare perduto nel caso che i materiali da costruzione giacciano sullo spazio destinato alla fabbrica, che non sta sotto la mia immediata sorveglianza. Epperò non mi perito punto di sostenere, che in tutti i casi surriferiti debbasi ammettere la continuazione del possesso, sebbene la cosa non stia sotto sorveglianza.

Corrispondentemente a questo assunto possiamo dire:

9. L'esistenza del possesso è un affare di pura esperienza, una questione della vita giornaliera.

La questione, se si debba ammettere un possesso, va risolta semplicemente con riguardo al modo con cui il proprietario suole trattare cose di quella specie. Colla scorta della mia teoria ogni cittadino, e ogni campagnuolo, può risolvere questa questione, in base a quella di Savigny non lo può neppure il giurista, quantochè il punto di vista, ch'egli deve usufruttare a questo scopo, il punto di vista della possibilità e impossibilità di riprodurre a piacimento il rapporto originario, sia, come abbiamo già dimostrato, così indeterminato ed elastico, che lo stesso suo autore non è stato in grado di attuarlo con sicurezza — colla scorta dello stesso si può dimostrare tutto ciò che si ha voglia di dimostrare!

A questa configurazione del possesso si collega di conseguenza

10. Il grande vantaggio che presenta la riconoscibilità per parte di terze persone di un sussistente rapporto possessorio.

(1) Fr. 4, fr. 5, § 5, 6 de A. R. D. (41, 1), fr. 5, § 13, 16 cit.
(2) Fr. 13, pr. h. t. v. XIII.

La cosa stessa, mediante lo stato, nella quale si trova, annunzia il suo rapporto possessorio. Se questa posizione è per essa *normale*, ognuno, che la trova nella medesima, deve pensare, che questo rapporto locale non riposa sul semplice caso, ma sulla intenzione, che la cosa in questa posizione adempia appunto alla sua destinazione economica, che essa *serva* al proprietario. Se questa posizione è per essa *anormale*, egli scorge che la cosa si è *sottratta* al servizio del suo proprietario, che il rapporto proprietario è *turbato* di fatto. Il legname sul luogo della fabbrica mi annunzia che sussiste un possesso sul medesimo; il legname, che è sospinto dalla corrente, mi annunzia la perdita del possesso; gli agguati e i calappi nel bosco, mi annunziano che essi si trovano colà per volontà del proprietario; l'orologio invece che giace presso quegli oggetti mi annunzia che esso giace in quel sito *senza* la sua volontà. Secondo la teoria di Savigny il terzo nella maggior parte dei casi non sarà in grado di risolvere questa questione della esistenza del possesso. E, nel vero; come può egli sapere, se il proprietario si trovi in istato « di riprodurre il rapporto originario, » se egli sia vicino o lontano, se sia partito, fuggito, ammalato o morto. Eppure la possibilità della soluzione di questo quisito è di molta importanza. Di fatto:

11. Pella *sicurezza* del possesso è decisamente importante la *visibilità* o concreta riconoscibilità del medesimo.

Pella condotta del ladro quella qualità è bensì senz'alcuna influenza, ma per lo inverso decisiva pel contegno di tutte le persone oneste. Queste ultime, nell'esempio preindicato, non toccano la selvaggina, ma prendono seco l'orologio per restituirlo al vero proprietario. Per questo motivo io sono autorizzato a tenere per un ladro colui che sorprendo colla selvaggina, sendochè l'apprendimento della stessa possa essere soltanto interpretato colla intenzione di *appropriarsela* — dirimpetto al ritrovatore dell'orologio io non ho lo stesso diritto, dappoichè la sua azione ammetta una duplice interpretazione, e soltanto il suo contegno posteriore dimostra quale delle due sia la veritiera. Un sicuro punto di appoggio per questa questione così importante si acquista, a mio vedere, soltanto in base alla mia teoria, mentre quella di Savigny ci lascia in questo riguardo senza consiglio.

E qui chiudo la contemplazione del rapporto esterno del possesso, del così detto corpus. Resterebbe ancora a dimostrare anche la congruenza del secondo elemento del possesso, dell'animus, col punto di vista da me enunciato della esteriorità della proprietà. Se io in questo sito mi sottraggo del tutto a questo cómpito, ciò avviene in prima linea pel motivo, che, come ho osservato a principio, ho scelto la critica del così detto animus domini a oggetto del mio terzo studio. Se non che, prescindendo anche affatto da questa circostanza io mi dispenserei da una dimostrazione più vicina, in questo incontro, nel riflesso, che la esattezza del mio punto di vista, da questo lato, si manifesta così apertamente e chiaramente che lo stesso Savigny ha fornito una testimonianza della sua verità mediante la sua formulazione della volontà possessoria, quale animus domini — testimonianza questa che pesa tanto più sulla bilancia, quanto che la suddetta formulazione si accomoda ben poco, a mio credere, al suo concetto possessorio. E, nel vero; se il possesso è il dominio fisico sulla cosa, come può la volontà possessoria ricevere la sua determinazione, anzichè da questo concetto soltanto, in pari tempo anche dal concetto proprietario? Se non che la inconseguenza in cui è incorso Savigny dimostra come la interna logica del rapporto non gli abbia permesso di misconoscerlo e di deviare dallo stesso in questa direzione.

Epperò mi sarà lecito intanto, anche senza una più vicina motivazione, aggiungere alle tesi formulate sinora la seguente:

12. L'antitesi fra animus possidendi, e alieno nomine detinendi, trova soltanto nel punto di vista della esteriorità della proprietà una soddisfacente spiegazione.

Concentrando il risultato della deduzione sin qui praticata, mi è lecito asseverare, che il concetto del possesso da me enunciato ha resistito a tutte le prove; dal lato della *sua legittimità e necessità legislativa*, dal lato della sua semplice *applicabilità pratica*, dal lato della sua *corrispondenza col diritto romano*. Tutto ciò, che questo ultimo contiene intorno a tale materia: le azioni possessorie, le esigenze della capacità proprietaria della persona e della cosa, il parallelismo ra proprietà e possesso, la determinazione del corpus e dell'animus, tutto ciò gravita sulla proprietà, quale punto centrico invisibile del possesso. E nell'atto che noi acquistiamo la coscienza di questo

fatto, e concepiamo in conformità il *possesso* sulle cose come l'esteriorità della proprietà, ci vien fatto di rappresentarci altresì l'interna connessione fra il medesimo e il possesso giuridico, vale a dire di guadagnare il più eminente concetto del possesso, al quale quei due, come abbiamo veduto in precedenza, sono subordinati quali sottospecie:

13. Il possesso è la esteriorità del diritto.

Anche la teoria del dominio fisico deve dar di piglio al concetto dello esercizio della proprietà, per arrivare dal possesso sulle cose al possesso giuridico (Savigny p. 192). Se non che, lungi dal proporsi la questione così prossima, se i concetti del dominio fisico sulla cosa, e dell'esercizio della proprietà, si condizionino reciprocamente e lungi dallo spiegare perchè nel possesso sulle cose l'esercizio del diritto sia vincolato al dominio fisico, mentre ciò non avviene, senza dubbio, nel quasi possesso — essa, con passo veloce, passa sopra a questo punto di vista, che ha una così ricca contenenza e lo mette in scena per farlo tosto scomparire, non appena egli ha prestato il suo servizio. Il pregiudizio, che l'essenza del possesso consista nel dominio fisico, va così oltre, che Savigny (p. 193) contrasta persino al quasi possesso il suo diritto al nome di possesso, e in questo abuso del nome — in questa prova eminente del riconoscimento della loro interna omogeneità, documentata dall'astrazione giuridica — vuol vedere soltanto una *dira necessitas*, ingenerata dalla povertà della lingua — quasichè ai romani fosse malagevole di adoperare la espressione, di cui si servivano gli interdetti possessorii pella designazione del rapporto (« usus es »), anche pel quasi possesso mediante un'aggiunta qualunque, per esempio, « usus juris. »

La designazione della esteriorità del rapporto di servitù coll'appellativo di juris possessio, per parte della giurisprudenza romana, è, a mio vedere, la migliore prova, che quanto essi concepivano sotto possessio, rispetto alla proprietà, punto opponevasi all'applicazione di tale concetto anche al rapporto di servitù, vale a dire non il potere fisico sulla cosa, ma la esteriorità della proprietà.

Ora ci faremo a cribrare il punto di vista ottenuto, facendolo passare attraverso il vaglio della dottrina dello acquisto e della perdita della proprietà.

Prima di ciò siami concesso di comunicare una sortita generale delle nostre fonti, che mi servirà in pari tempo come chiusa della investigazione sin qui praticata, e come motto della seguente. Io annetto assai poca forza probatoria a simili sortite generali, ma ad ogni modo posso usufruttare la seguente come semplice formulazione, conforme alle sorgenti, della mia intera teoria possessoria. Questa sortita è contenuta nella l. 2 Cod. de poss (3. 32) . . cum ipse proponas te diu *in possessione fuisse omniaque ut dominum gessisse.* Io non saprei esprimere meglio in latino il mio punto di vista della esteriorità della proprietà che con queste parole: *Omnia ut dominum gessisse.*

XII.

4. — *Applicazione all' acquisto del possesso.*

La questione della origine ha pel possesso una importanza di gran lunga inferiore che per la proprietà; quanto a questa essa si fonde pienamente colla questione della *esistenza* — chi vuol provare la sua proprietà, può farlo soltanto se fornisce la prova della sua *origine*, del motivo che l' ha ingenerata — non così rispetto al possesso, dappoichè, dove si tratta soltanto della sussistenza di uno stato di fatto, che può essere dimostrato come tale, per es. la esistenza o la detenzione di una cosa, sarebbe senza scopo risalire alla sua origine. Se ciò non pertanto anche rispetto al possesso viene promossa la questione della sua origine, ciò avviene parte in contemplazione dello interesse che si collega al momento in cui ha avuto principio il possesso (Usucapione), parte a motivo della facilitazione della prova, che la disamina della *origine* del possesso può, in date circostanze, fornire per la dimostrazione della *sua esistenza.* Anche pella nostra pratica odierna vige lo stesso principio, che Paolo Sent. Rec. V. 11, § 2, attesta per la romana: sufficit ad probationem (traditae possessionis) si rem corporaliter teneam. Per dimostrare il possesso sulla mia casa, sul mio gregge, non è necessario che io provi lo *acquisto* del possesso, l' ispezione oculare mi segnala quale possessore. Parimente rispetto al campo che io ho fin qui coltivato. Che succede però se si tratta del possesso di un fondo, che io ho

comperato e ricevuto in consegna in inverno, e che non ho sinora coltivato? Come può essere qui provato il possesso quale uno *stato?* Si scorge di leggeri come in questo caso non resti che risalire all'atto dello acquisto del possesso.

Noi abbiamo veduto superiormente, che appunto la *visibilità* del possesso influisce decisamente sulla sua *sicurezza*, e a questa visibilità devesi, a mio credere, far risalire tutta la teoria dell'acquisto del possesso. *Il proprietario della cosa deve essere visibile* « omnia ut dominum fecisse oportet. »

Come diviene egli visibile? Gli è erroneo assidere l'acquisto del possesso soltanto sull'atto di *apprensione;* dappoichè in questo caso non si possa evitare il requisito della presenza del possessore presso la cosa, a meno che non si preferisca, come Savigny, di non curarsene punto. Il fabbricante di mattoni, dietro mio incarico, ha fatto condurre sul luogo della mia fabbrica le pietre stategli commesse, il venditore del letame lo ha fatto trasportare sul mio campo, il giardiniere gli alberi nel mio giardino; devo io prima vedere le cose per acquistare il possesso? Ciò non è necessario, come non lo è rispetto alla botte di vino, che in mia assenza è stata scaricata sul lastrico della mia casa, o al pacchetto di libri che è stato deposto nel mio vestibolo (1). O deve per avventura ciò, che il fr. 18, § 2 de poss. (41, 2) e il fr. 9, § 2 de J. D. (22, 3) dispongono pella consegna nella abitazione (in mea *domo* deponere — inferantur in *domum* ejus), valere soltanto pella stessa, e non anche per la corte, pel giardino, pello spazio destinato alla fabbrica, ecc.? Per acquistare il possesso sulle uova deposte dai miei polli o dalle mie colombe, o sui pulcini da essi covati, devo io forse prima ispezionarli?

In tutti questi casi sarebbe una formalità priva di scopo se il possessore si portasse presso la cosa, per acquistare il possesso, imperciocchè il semplice vederla — e l'apprendimento della cosa non è necessario per lo acquisto del possesso — punto modifichi la sua posizione. Questa basta completamente per segnalare a ogni terzo il possessore come proprietario di fatto.

(1) Exner, la teoria dell'acquisto giuridico mediante tradizione. Vienna, 1867. Pag. 92, cita ancora la cassetta esposta pubblicamente e destinata a raccogliere le elemosine.

In tutti questi casi, ai quali si aggiungono quello della occupazione della selvaggina e dei pesci mediante gli agguati e le reti, e l'acquisto del possesso e della proprietà del padrone del gregge sugli animali sostituiti dall' usufruttuario (1), il possesso sorge adunque in assenza e senza apprensione del possessore, presupposta la sua volontà rivolta allo acquisto. Deve la volontà essere appena provata? No certamente! Il rapporto di fatto racchiude in sè la presunzione della volontà possessoria « sufficit ad probationem, si rem *corporaliter* teneam », e incombe all'avversario di accampare e provare il difetto della volontà. In presenza delle superiori deduzioni non ho d'uopo di discutere più davvicino l'interna relazione, che, nei casi surriferiti, intercede fra la cosa da acquistarsi, e la posizione, che serve di veicolo di mediazione allo acquisto. Io acquisto immediatamente il possesso sul letame, che in mia assenza viene trasportato sul mio fondo, non così sulla botte di vino, se mi saltasse il ticchio di farla quivi scaricare. Il cacciatore diventa possessore della selvaggina, non così del moccichino, che cade nel suo agguato, e dal fatto che io acquisto il possesso sulle cose inanimate, che vengono deposte nel vestibolo della mia casa, non ne viene punto, che lo acquisti anche sui canarini o sulle scimie che vengono quivi ridonati alla loro naturale libertà dal messo, che non abbia ritrovato nessuno, a cui consegnarli. La posizione della cosa, che mi deve fornire il possesso, deve essere tale, quale suol essere nella vita rispetto a questa specie di cose.

Volgendoci ora allo acquisto del possesso, procurato da un atto personale di apprensione, il punto di vista del dominio fisico, al quale lo fa risalire Savigny, potrebbe benissimo conciliarsi col mio della esteriorità della proprietà. Non si può di fatto documentare più chiaramente, nè mettere in migliore risalto, la esteriorità della proprietà, che assoggettando la cosa al proprio potere fisico. Se non che quel punto di vista non basta in realtà. Sono dei casi, nei quali esso sussiste, e ciò non pertanto viene negato l'acquisto del possesso, altri nei quali esso manca, e ciò non pertanto viene ammesso tale acquisto. L'erede rileva dalle carte dell'ereditando, che costui ha immurato un tesoro in un determinato punto della casa, abitata dall'erede, egli vi si reca,

(1) Fr. 69 de usufr. (7. 1) substituta statim domini fiunt.

e constata la corrispondenza del luogo colla descrizione data dall'ereditando. Ha egli con ciò acquistato il possesso sul tesoro? Savigny, come abbiamo veduto, risolve affermativamente la questione, e lo stesso avveniva per parte di alcuni giuristi romani più antichi, mentre la nuova giurisprudenza l'ha risolta negativamente, esigendo per lo acquisto del possesso il « loco movere » del tesoro (1). Perchè? Sabino risponde: quia non sit sub *custodia*. Egli non può aver sottinteso il potere fisico, sendochè questo non manchi, tanto è vero che Papiniano nel citato fr. 44 fa sotterrare al proprietario il tesoro « custodiae causa », vale a dire negli scopi di una maggiore sicurezza fisica. Ciò che manca è il rapporto di fatto, nel quale collocherà la cosa ognuno, che ha veramente la intenzione di appropriarla, il loco movere contiene *la constatazione della volontà proprietaria,* « l'omnia ut dominum fecisse » applicato allo *acquisto* della cosa. Prendiamo un altro caso. Taluno trova all'aperto una cosa, non gli conviene però di pigliarla subito, ma risolve di ritornare più tardi per prenderla, nel frattempo un altro lo previene. Quale dei due ha acquistato il possesso? Giusta la mia opinione soltanto il secondo, sendochè il primo abbia bensì avuto momentaneamente il dominio fisico sulla cosa, e, secondo Savigny, questa circostanza basterebbe per *procurargli* il possesso, la possibilità della arbitraria riproduzione basterebbe poi per *conservarglielo,* ma io in quella vece glielo nego, perchè non ha fatto, ciò che avrebbe fatto in questa posizione ognuno, che avesse avuto un interesse pella cosa. Uno sciame di api aliene ha fatto nido nel mio albero, un altro si è appropriato lo sciame e i favi (vedi sopra); ha egli commesso un furto? No! dice il giurista nel fr. 5, § 2, 3 de A. R. D. (41. 1). Rispetto allo sciame di api mi si può negare, a ragione, il potere fisico, perchè può ogni momento sfuggirmi, non appena le api mettono le ali, ma i favi aderiscono all'albero. Se ciò non pertanto mi viene negato anche il loro possesso, il motivo può essere soltanto, che io non ho fatto, quanto non avrei omesso di fare se avessi attaccato un valore a quegli oggetti, vale a dire d'impadronirmene. Cose del mio vicino sono cadute nel mio giardino o nella mia corte, ho io possesso sulle medesime? Qui non mi manca il potere fisico, e sic-

(1) Fr. 3, § 3, fr. 44 pr. de poss. (41, 2), fr. 15 ad exh. (10, 4).

come io conosco, e lascio sussistere lo stato in cui si trovano, dovrebbesi altresì opinare che io abbia la volontà. Ciò non pertanto il fr. 5, § 5 ad exh. (10, 4) mi nega il possesso. Perchè? Anche qui non posso che ripetere la superiore risposta: io non ho manifestata la volontà di appropriarmele; se in quella vece io le trasporto nella mia capanna, acquisto il possesso.

Riassumendo il risultato della disamina, fin qui praticata, non tardiamo guari ad accorgerci, che il punto di vista del dominio fisico, quanto all'acquisto del possesso, non sostiene in alcun modo l'esperimento, nè nei casi, in cui esso *avviene* in assenza del possessore, senza che esista tale dominio, nè nei casi in cui esso dovrebbe avverarsi, attesa la sussistenza del medesimo. Nelle veci di *questo* punto di vista, un altro ci si è presentato come decisivo, che noi designeremo colla espressione di *constatazione di fatto della intenzione proprietaria.* In base allo stesso diventa possessore colui, che ha collocato o fatto collocare la cosa in una posizione, che corrisponde alla proprietà, e che per tal modo lo palesa come quello che pretende alla stessa. Vediamo se ci riesce di far valere questo punto di vista anche pei residui casi dello acquisto del possesso.

Pella maggior parte delle cose questo stato si fonde colla corporale detenzione, le cose mobili si tengono d'ordinario presso di sè, o nella propria casa, che, a sua volta, viene abitata; rispetto alle stesse la intenzione rivolta alla proprietà resta documentata senz'altro mediante motivazione di questo stato. — L'atto di apprensione non ne è che il primo momento. Se non che rispetto a certe cose un'apprensione in questo senso è affatto impossibile. Rispetto a tutte le cose immobili, che giacciono libere ed aperte: campi, pascoli, prati, boschi, laghi, spazi destinati a fabbriche, viene a mancare questa corporale detenzione, o, per ripetere la frase di Savigny: il dominio fisico; la proprietà sulle medesime non si estrinseca quindi nello stato della cosa stessa, sibbene in singole *azioni del possessore*, che si ripetono periodicamente. Si riconosce il propretario del campo perchè lo ara e fa la raccolta, quello del prato perchè miete il fieno, ecc. Qui, allo scopo del conseguimento del possesso, si dovrebbe veramente esigere una non turbata ripetizione di quelle azioni. Se il diritto astrae da questa esigenza, e sostituisce in questi casi alla reale motivazione del possesso un'altra che è rivolta soltanto

alla manifestazione della intenzione giuridica, non devesi misconoscere, è vero, la necessità di questa configurazione del rapporto, ma non è lecito d'altro canto ignorare il peculiare aspetto, che assume in questi casi l'acquisto del possesso. Il compratore del campo o del bosco deve prenderne possesso. Che deve egli fare a questo effetto? Egli si porta solo, o col venditore, sul fondo. E poi? S'egli può vedere lo ispeziona; se è cieco è impossibile persino la ispezione, e ritorna, secondo la teoria dei giuristi, colla coscienza di aver acquistato per tal modo *il dominio ficiso* sul fondo. Ma, se ciò fosse vero, dovrebbe valere la stessa cosa anche nel caso che un altro qualunque intraprendesse quella corsa colla intenzione di appropriarsi il possesso; per esso però la corsa e la ispezione non hanno effetto veruno. Si confronti ora, a causa dell'antitesi, l'acquisto del possesso sulle cose mobili. Lo stesso atto di apprendimento, che procura al compratore il possesso delle cose mobili, basta per ottenere lo stesso scopo anche *al ladro* e al *grassatore*. Donde questa differenza? La risposta, che quanto alle cose immobili non è possibile una dejezione del possessore in di lui assenza, e che un nuovo possesso non può sorgere fino a che continua il precedente, non contiene alcuna spiegazione. E, nel vero: perchè continua il possesso delle cose immobili, e non così delle mobili? Se la presenza sulla faccia del fondo, colla intenzione di prendere possesso, basta per sè a procurare il dominio fisico, e con esso il possesso, perchè deve essa bastare nella persona del compratore, e non anche nella persona dello ingiusto occupante? Una risposta soddisfacente si ottiene soltanto se si rende omaggio alla verità, e si riconosce, che quell'atto non accorda il dominio fisico sull'oggetto, ma serve soltanto a constatare il *trasferimento del possesso e della proprietà*, che si opera mediante reciproco accordo. A quanto manca a questo atto in linea di forza ed efficacia *reale*, vale a dire rispetto all'assoggettamento fisico della cosa, si supplisce mediante le circostanze *giuridiche*, che lo accompagnano (1). Sulle stesse gravità

(1) Questa è appunto l'opinione di Ulpiano, quando dice nel fr. 34 pr. h. t. *animo* acquiri possessio potest, vale a dire lo acquisto del possesso qui non riposa sul dominio fisico, ma sull'affare giuridico, e in questo modo la l. 26 Cod. de donat (8. 54) dichiara possibile persino la donazione di un fondo a un infante mediante il suo schiavo: « omne jus compleat instrumentis ante praemissis ».

tutta l'energia dell'atto — se esse scompariscono, il resto si risolve in una passeggiata (1). È puro pregiudizio ritenere che quest'ultima soltanto sia in grado di documentare la volontà di apprendere, e vi si potrebbe sostituire qualunque altro atto. Soltanto l'*esterna* uniformità dell'atto di apprendimento ha elevato la passeggiata all'onore di manifestare la volontà di apprendere. Mentre negli altri casi l'apprensione è un atto reale, che ha per iscopo di consegnare effettivamente la cosa al ricevente, qui essa è una pura forma. Io vorrei sapere quale differenza esista pel compratore, s'egli dichiara in giudizio, o dinanzi a un notaio e testimoni, la sua intenzione di volere con ciò prendere possesso del fondo trasferitogli dal venditore, oppure se si reca a questo effetto sul fondo, per *vederlo;* — atto questo ch'egli certamente ha già intrapreso prima di procedere all'acquisto. La sicurezza del suo possesso è eguale in amendue i casi, sendochè questa sicurezza non dipenda dalla sua passeggiata, ma dalle seguenti due circostanze: primamente dalla circostanza, che il precedente proprietario ha dichiarato di trasferire in lui i suoi diritti, e poi dalla circostanza, che terze persone, le quali sanno di non essere proprietarie del relativo fondo, sono avvezze a rispettare il possesso del proprietario (2). Se manca loro, o al ven-

La l. 10 Cod. de poss. (7. 32) sembra avere dinanzi agli occhi la stessa antitesi quando osserva: duplicem esse rationem possessionis, aliam, quae jure consistit, aliam, quae corpore.

(1) In applicazione di questo principio al caso dell'errore sull'oggetto, io pervengo alla conseguenza che il passaggio del *possesso* è escluso dall'errore rispetto alle cose *immobili*, non così rispetto alle mobili; il primo assunto trova espressa conferma nel fr. 34 pr. h. t., quanto al secondo non mi è nota una positiva testimonianza delle fonti. L'equiparazione di amendue i casi sarebbe così infondata come l'applicazione di ciò che vige pell'appropriazione di cose immobili, alla appropriazione delle cose mobili, e viceversa. Per le seconde è decisiva in tutti i casi l'appropriazione fisica congiunta colla volontà possessoria, senza che occorra esaminare come si atteggi la volontà del precedente possessore di fronte a questo fatto. Per le prime allo incontro la insufficienza di questa appropriazione può essere anche completata soltanto la mercè del contegno del precedente possessore.

(2) Così si spiega anche il fr. 30, § 5 h. t. quod per colonum possideo, heres meus nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere; retinere enim animo possumus, apisci non possumus. Non mi è dato comprendere perchè, in base ai noti principii sull'acquisto del possesso mediante rappresentante, non debba ba-

ditore questo rispetto pel possesso altrui, la passeggiata potrà così poco garantire in loro confronto il compratore come per avventura un istrumento notarile. Il risultato della mia deduzione consisterebbe adunque in ciò: l'apprensione rispetto alle cose immobili della specie preindicata, ben lungi dallo accordare un potere fisico sulla cosa, ha soltanto lo scopo di constatare la intenzione delle parti, rivolta alla trasmissione del possesso. Si definisca il possesso come meglio talenta, o quale dominio fisico, o quale esteriorità della proprietà, in amendue i casi l'apprensione apparisce un atto puramente formale, punto migliore della passeggiata dei due contendenti nell'antico processo di vindicazione — al quale si potrebbe sostituire un altro atto qualunque, e al quale sarebbe da preferirsi ogni altro, che fosse capace di dare al fatto la desiderata pubblicità, per es. annunzio nei pubblici fogli. I miei vicini vedono che io semino, aro, raccolgo, e riconoscono da questi atti che io sono il proprietario — questa è la vera esteriorità della proprietà, che, come lo constata la esperienza, nel maggior numero dei casi accompagna la reale proprietà — mentre invece forse nessuno vede la mia passeggiata intrapresa negli scopi della apprensione, e se taluno la rimarca, come può egli indovinarne lo scopo?

E ciò non pertanto tutto deve dipendere per me da questo atto inane, o piuttosto dalla prova dello stesso? Si rifletta una volta chiaramente a quale risultato conduca la rigorosa applicazione della teoria. Oggi era il termine della consegna, il prezzo di acquisto fu esborsato, il compratore ha dichiarato di volermi trasmettere possesso e proprietà. Jeri ancora io ero presente sul fondo, ma oggi non mi garba più la passeggiata, e la differisco a un tempo più opportuno. Il compratore approfitta di questa circostanza e nel frattempo vende dolosamente il fondo a un altro, che, più prudente di me, vi si reca incontanente. In questo caso egli avrebbe acqui-

stare l'obligo dell'affittuale di possedere pel locatore onde procurare allo erede il possesso (Savigny p. 313). Secondo la mia teoria si spiega di leggeri la decisione del giurista: l'erede deve palesarsi all'affittuale quale proprietario attuale, ed egli deve averlo riconosciuto per tale, per poter essere risguardato di fatto come proprietario, vale a dire come possessore. Sì l'una cosa che l'altra può effettuarsi senza un viaggio, e il secondo risultato ottenersi persino mediante silenzio.

stato possesso e proprietà! Non si accorda per tal guisa alla nuda e rigida forma un peso, che essa avea soltanto all'epoca dell'antica giurisprudenza romana, e che m'ha perduto sempre più nel posteriore svolgimento del diritto romano? Anche la mancipatio e la vindicatio esigevano originariamente la presenza sul fondo, ma la nuova prassi ebbe a decampare da questa esigenza (1). Ma con quale diritto possiamo noi deviare da una esigenza, che è espressa determinatamente nel diritto romano? Lasciamo pure intatta l'esigenza, e vediamo se non ci riesce per avventura di pervenire alla meta vagheggiata la mercè della *prova*. Il compratore, nel superiore esempio, produce un istrumento, nel quale il venditore riconosce, che egli nel giorno di oggi ha trasmesso possesso e proprietà nel compratore. Devesi inoltre accollare a costui la prova della eseguita passeggiata? Il diritto romano ci dà un sufficiente punto di appoggio per la soluzione di questa questione. Sciendum est generaliter, dice Ulpiano nel fr. 30 de V. O. (45. 1) (2), si quis se scripserit fidejussisse, videri omnia solemniter acta, e nel fr. 17 J. de inut. stip (3. 19) è detto: si scriptum fuerit in instrumento, promisisse aliquem, perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum est (3). Giustiniano di questo principio generale ha fatto un'applicazione (4), che offre uno speciale interesse pella surriferita questione, dappoichè nella stessa si tratti appunto del requisito della presenza. Sed cum hoc (requisito testè accennato) dic'egli nel § 12 J. de inut. stip. (3. 19), materiam litium contentiosis hominibus praestabat, forte post tempus allegationes opponentibus et non praesentes fuisse vel se vel adversarios suos con-

(1) Vedi il mio Spirito del D. R. II, p. 687-691.

(2) Parimente § 8 J. de fidei (3. 20) e fr. 4, § 3 de fid. et nom. (27. 7).

(3) Anche Paolo. S. R. V. 7, § 2.

(4) L. 14 Cod. (8. 38) (vedi nota 2, pag. 41). Essa accordava inoltre un'altra rilevante facilitazione della prova, vale a dire rispetto alla dimostrazione della proprietà sullo schiavo stipulante. Un'altra applicazione fu fatta da Giustiniano nella l. 23 Cod. ad SC. Vell. (4. 29) rispetto alla intercessione delle donne: sed si quidem in ipso instrumento intercessionis dixerit sese aliquid accepisse et sic ad intercessionem venisse, et hoc instrumentum publice confectum inveniatur et a tribus testibus assignatum, o*mnimodo esse credendum*, eam pecunias vel res accepisse et non esse ei ad Senatusconsulti Vellejani auxilium regressum.

tendentibus, ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Caesarienses advocatos scripsimus, per quam disposuimus tales scripturas, quae praesto esse partes indicant, omnimodo credendas, nisi ipse, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit in ipso toto die, quo conficiebatur, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse. Questa è certamente una delle più savie ordinanze di Giustiniano, e che sembra proprio fatta pel nostro caso. La presenza dell'acquirente del possesso presso la cosa non è più essenziale pella tradizione, che la presenza di amendue le parti per la stipulazione, e la pretesa di un avversario, vago di litigio, che, oltre alla trasmissione della cosa, comprovata dal documento, esige ancora la prova della reale presenza, non merita un migliore trattamento di quella pretesa, che ci viene riferita da Giustiniano. La controprova, riservata da Giustiniano, non avrebbe molta importanza per la tradizione.

Con riguardo al risultato pratico sarebbe evitato il requisito della presenza della cosa ogni qualvolta la seguita tradizione risultasse constatata da un documento, e, anzi in via di concetto, senza d stinzione se la cosa fosse mobile o immobile, e per tal guisa Severo e Caracalla nella nota l. 1 Cod. de donat. (8. 54) poterono dichiarare la tradizione del certificato di proprietà sugli schiavi (emtionum mancipiorum instrumenta) quale attestato pienamente valido, e in pari tempo quale surrogato della tradizione degli schiavi (1).

E non farebbe bene il legislatore se andasse un passo più in-

(1) Così si comprende anche il fr. 12 § 43 de instr. leg. (33. 7), nel quale Papiniano ventila la questione, se in un legato « di tutti gli oggetti attrovantisi nella casa » sieno legati anche quei certificati di proprietà (emtiones servorum) e con ciò implicitamente gli schiavi stessi. Sebbene egli negbi in via di principio la questione, ciò non pertanto ammette la possibilità, che il testatore abbia pensato agli schiavi, e in questo caso il documento rappresenta, per esso, la cosa, e il legato di quello è l legato di questa. Vedi inoltre il fr. 26 ibid. citato nella nota 1, pag. 153: *omnes jus* compleat instrumentis ante praemissis. La l. 2 Cod. h. t. (7. 32) dimostra quanto si era avvezzi nella vita romana a considerare come decisivo l'istrumento di tradizione rispetto alla consegna delle cose mmobili: licet enim instrumento non sit [comprehensum, quod tibi tradita sit dossessio, ipsa tamen rei veritate id consecutus es.

nanzi, dispensando senz'altro dal requisito della presenza presso la cosa in quei casi, in cui esso difetta di ogni seria importanza (1). Quanto a me io non vi vedrei alcun pericolo. Tocco per tal modo della questione tanto controversa, attinente alla tradizione simbolica (2), che evito volentieri di prendere in più vicina disamina, in vista alla estensione assunta già da questa dissertazione, e alla circostanza che non vi sono indotto da un urgente motivo. Se non che non posso sopprimere la confessione, che, lungi dal riscontrare in questo concetto una deforme configurazione del concetto possessorio, vi ravviso invece uno svolgimento dello stesso. Quale differenza passa se io ricevo le chiavi della casa o della bottega in immediata vicinanza, o in qualche distanza dalle medesime. È operativa forse a soli dieci passi di distanza la mia volontà di avere la cosa, se si tratta soltanto della detenzione giuridica, e non del *trasporto* di fatto? Si dovrebbe credere che quì si tratti di una manipolazione meccanica, condizionata dalla immediata influenza, e taluno, in appoggio di questa idea, potrebbe utilizzare la percezione « posta in voga dalla scuola di Hegel, per cui la propria volontà s'immette nella cosa » e chiedere: come possa compiere la volontà questa procedura in una distanza di tante miglia? Questa percezione affatto rozza scaturisce dalla preaccennata concezione meramente esterna del possesso, che, astraendo affatto dal suo momento ideale, fa gravitarne tutta la forza sul momento fisico, come abbiamo avvertito in precedenza. Chi si è sciolto da questa preoccupazione risguarderà la tradizione simbolica da un punto di vista diverso da quello che è in voga oggigiorno. Se il cacciatore può acquistare il possesso del selvatico, che ha preso nei suoi agguati, il proprietario del fondo il possesso del letame, che ha fatto scaricare sul suo campo, senza che nè l'uno, nè l'altro fossero presenti, perchè non potrà anche il negoziante, che ha comperato un fondaco, acquistarne il possesso mediante deposizione delle chiavi nella sua abitazione! Se ciò ripugna al concetto del possesso,

(1) Così fu fatto in realtà nel diritto francese. Vedi in proposito Zaccariä, Manuale del diritto civile francese I, § 180, nota 3. « Era conforme all'uso, che nei documenti notarili, assunti sulla trasmissione della proprietà di una realità, s'innestasse la clausula quasi traditionis. Questo uso diede occasione a promulgare la nuova dottrina (che decampa affatto dal requisito della tradizione).

(2) Exner op. cit., pag. 182 e seg. tratta distesamente della stessa.

perchè non vi ripugna anche la prima alternativa? Quanto a me io non posso che collocare sulla stessa linea tutti questi casi, e trovo così poco simbolico l'uno come l'altro. In quella vece riscontro in tutti questi casi soltanto la realizzazione della idea possessoria, ch'è la sola esatta, giusta la mia opinione.

Mi si consenta in chiusa di comprendere ancora nella mia disamina un rapporto, che comprova una volta di più l'esattezza del supremo punto di vista da me enunciato: la occupazione arbitraria dei fondi di persone assenti. Com'è noto, essa non procura subito il possesso, ma appena quando il possessore, avutane notizia, non fa alcun tentativo per conservare il possesso. Perchè? Dal punto di vista del dominio fisico ciò non si può in alcuna guisa spiegare. La forza fisica, che l'occupante deve temere per parte del suo avversario, non è punto inferiore dopo l'espiro di un mese, e quella, che egli può opporgli, non si accresce menomamente nel frattempo — in *linea fisica* non si opera alcun cangiamento per la decorrenza del tempo. Ma, ciò che si cangia, ciò che nel frattempo cresce e si rinforza, si è il momento *ideale* o *morale* del possesso, vale a dire il riconoscimento dell'attuale stato di possesso (1), documentato dalla inazione del precedente possessore. Appunto quella persona, da cui l'occupante soltanto dovea temere una opposizione, non gli ha mossa alcuna resistenza, e quindi da questo istante egli si ritiene di fatto autorizzato. Appunto come nella tradizione di cose immobili, anche qui non l'atto fisico dello acquisto del possesso, ma solamente la condotta del precedente detentore, impartisce al suo rapporto colla cosa il suggello del possesso giuridico. Rispetto alle cose mobili il passaggio del possesso nel ladro e nel grassatore dipende esclusivamente dalla appropriazione *corporale*, e, per ripetere la frase di Savigny, dal dominio fisico sulla cosa, ma appunto pel motivo che, quando si tratta di cose immobili, il possesso riposa meno sul momento fisico che sul giuridico, l'acquisto del possesso, in questo caso, è di necessità diversamente configurato; ciò che manca al rapporto, nella prima direzione, deve venire supplito dall' altro lato.

(1) Cum nemo adversarius eum inquietaverit, sed omnibus tacentibus *possessio confirmata* est. Così riproducono le Basiliche (50, 2. 61. Heimb. V. p. 54) la l. 10 Cod. de poss. Epperò anche quello che compra dall'affittuale il fondo altrui non acquista subito il possesso fr. 5, Cod. h. t. Abbiamo superiormente indicato il significato del « jus dominii » riservato quivi al locatore.

XIII.

5. — *Applicazione alla perdita del possesso.*

Se il possesso è l'estremità o esteriorità della proprietà, noi dovremo dichiararlo perduto, quando la cosa viene a trovarsi in una posizione, che punto si concilia col modo e colla forma, nella quale il proprietario è solito servirsene. Anche qui gli può restare sempre la possibilità della riproduzione del rapporto originario — ma per la nostra teoria ciò non basta, sendochè un proprietario, che abbia qualche interesse per la cosa, non si appaghi di questa mera *possibilità;* esso non incrocia le mani, ma si muove, e ristabilisce colla maggiore celerità il turbato rapporto colla cosa. « Omnia ut dominum fecisse », questo punto di vista stabilisce il contegno del possessore necessario alla conservazione del possesso. Il suo interesse gl' insegna ciò ch' egli deve fare, e appunto da questo fatto lo si riconosce come quello, cui la cosa appartiene (ad quem ea res pertinet). L'*interesse documentato di fatto* mediante il modo, con cui si adopera la cosa, e si provvede alla stessa, la si protegge e assicura, è il segnale *del vero proprietario.* Chi sconosce questo interesse, e per tal guisa si svincola in qualche maniera dalla cosa, perde il possesso — dappoichè, s'egli anche è, e resta proprietario, non sia operoso e *visibile* in questa qualità, e il possesso consista appunto nella *visibilità* della proprietà — *la « diligentia » del proprietario è un indispensabile requisito del possesso.*

È patente per tuttociò l'antitesi nella quale mi trovo colla teoria di Savigny. Il possessore, secondo Savigny, può lasciare tranquillamente nel bosco o in campo aperto gli oggetti ivi deposti; sino a che gli resta la possibilità di riprenderli, egli conserva il suo possesso. Secondo me egli lo perde subito, nel riflesso che il diligente proprietario non lascia punto le cose in quel sito. Il possessore, secondo Savigny, può affatto trascurare il suo fondo e lasciarlo inselvatichire, può allontanarsi dal luogo, senza affittarlo, e senza affidarne a nessuno la custodia, e ciò non pertanto conservare il possesso — perchè egli può ritornare una volta dopo 10 o 20 anni. Secondo la mia teoria egli perde il possesso. Eppertanto la condotta

personale del possessore, la sua premura o negligenza, la sua spensieratezza, l'indifferenza, sono senza importanza secondo la dottrina di Savigny, che fonda il possesso sul pensiero della vis inertiae, mentre secondo la mia sono invece decisamente rilevanti. Lasciamo alle fonti il cómpito di dare la preferenza all'una o all'altra.

Rerum mobilium, dice Papiniano nel fr. 47 de poss. (41, 2) *neglecta atque omissa custodia* quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum afferre consuevit idque Nerva filius libris de usucapionibus retulit. Eppertanto: il giurista ne insegna che la negligenza del possessore nella custodia della cosa involve la perdita del possesso. Savigny (pag. 341) lo nega, e, a sua volta, il passaggio « non esprime una regola giuridica, ma soltanto ciò che *spesso avviene* (consuevit) in seguito all'*omissa custodia.* » E a questo effetto un'autorità come Papiniano sarebbe obbligata a chiamare in soccorso Nerva per fargli dire una simile banalità: chi lascia giacere denaro e valori pecuniari sulla strada, corre il rischio che queste cose gli sieno rubate, ma gli resta il conforto che ciò è spesso avvenuto! Punto migliore sarebbe la discesa di Ulisse nell'Averno, s'egli avessela intrapresa soltanto per rilevare che tutti gli uomini devono morire! Ma che cosa deve significare adunque quel « consuevit »? A mio credere, esso si riferisce alla prassi della giudicatura (1), che è decisiva pel diritto. Papiniano vuol dire: già a molti è stato negato il possesso, per non averlo diligentemente custodito. Fortunatamente intorno alla opinione di Nerva ci è stata conservata un'altra testimonianza, che non ci lascia alcun dubbio sulla sua vera intenzione, vale a dire da Paolo nel fr. 3, § 13 ibid.

Nerva filius, res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est (2) quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus.

Nell'atto che Nerva rispetto alle cose mobili, ad eccezione degli schiavi, annette alla *custodia* la continuazione del possesso, egli

(1) Una eguale sortita vedi nella fr. un. Cod. de solut. (11. 39)... ea tantum defensio *consuevit* admitti.

(2) Invece di questa lezione, confortata dalla autorità della Florentina, Savigny adotta la variante attrovantisi in alcuni manoscritti: idem; vedi all'incontro Rudorff, op. cit., pag. 675.

enuncia implicitamente la superiore proposizione, che la negligenza della *custodia* importa la perdita del possesso.

Se non che, non solo rispetto alle cose mobili ci si affaccia il « negligere » del possessore, con riferimento alle immobili il fr. 40, § 1 h. t. (neglexerit) e il fr. 37, § 1 de usurp (41, 3 negligentia) lo mettono parimente in connessione colla questione della continuazione del possesso.

La negligenza rispetto alla conservazione del possesso assume nelle nostre fonti un duplice aspetto: esse distinguono due casi di negligenza: casi nei quali soltanto la continuata, costante negligenza, e casi nei quali la momentanea negligenza importa la perdita del possesso. Possono verificarsi pel proprietario delle posizioni critiche, nelle quali egli deve fare subito i passi necessari, se vuole assicurarsi la cosa o il possesso; s' egli li omette, perde il possesso. In altri casi per inverso non è così immediatamente urgente la posizione della cosa, che deve spingere il proprietario ad agire: non c' è pericolo nel ritardo, e quindi scevra da pericolo una certa dilazione, e soltanto alla continuata omissione delle azioni, che si dovrebbero attendere da esso, puossi fare il rimprovero della negligenza, e annettervi il pregiudizio della perdita del possesso. I primi potrebbero designarsi come casi *acuti*, i secondi come casi cronici della perdita del possesso.

Il proprietario ha perduta la sua cosa, il suo gregge si è smarrito; che deve egli fare? Senz' altro praticare delle ricerche. S' egli trova nuovamente quanto ha smarrito, egli non ha mai perduto il possesso, e viceversa. Ma che avviene s' egli omette ogni ricerca per soverchia pigrizia, oppure procrastina le ricerche a un tempo più opportuno? Nel fr. 3, § 13 h. t., che tratta di quei due casi di perdita della cosa, e di smarrimento del gregge, non è punto parola di questo contegno del proprietario. Come devesi adunque decidere? Dura forse il possesso a motivo della possibilità della riproduzione del rapporto originario? A mio credere, no. Prescindendo dal surriferito fr. 47, che riconosce la « omissa atque neglecta custodia » quale fondamento della perdita del possesso rispetto alle cose mobili, credo di dover comprendere anche l' analogia della perdita del possesso sulle cose immobili. Al proprietario assente viene portata la notizia che un altro ha preso possesso della sua cosa, che

deve egli fare? Egli deve prendere incontanente le necessarie misure per respingere l'occupante. E se non lo fa per timore o per pigrizia? In questo caso egli perde il possesso (1). Perchè? Pel motivo ch' egli ha trascurato il suo diritto, e non si è fatto vedere in un incontro, in cui ognuno poteva aspettarsi di vedere quello « al quale appartiene la cosa » in un momento critico egli non è stato *visibile* in qualità di proprietario. A' miei occhi è del tutto indifferente se la cosa sia stata mediante terze persone, o per effetto di un proprio movimento (per es. smarrimento del gregge), in seguito ad avvenimenti naturali (travi trascinati dalla corrente, oppure un battello staccato dalla riva), ovveramente in forza della spensieratezza o negligenza del possessore, messa in una simile posizione critica, che spinge il diligente proprietario a una immediata contromisura. Non importa neppure che per es. il cacciatore perda nel bosco il suo carniere, o lo lasci colà di proposito — lo stato, in cui ve lo trova un terzo, non è quello, nel quale il proprietario usa esercitare sul medesimo la sua proprietà, esso documenta un turbamento del normale rapporto proprietario, vale a dire esso è privo di possesso.

Prendiamo ora in contemplazione i casi della seconda classe. Le nostre fonti ci offrono le seguenti decisioni:

1) Il fr. 40, § 1 h. t. di Africano.

> Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et continuaretur; quo mortuo *non statim* dicendum eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci *neglexerit*.

La decisione presa in questo caso dal giurista è inconciliabile colla teoria di Savigny. E, nel vero; se il possesso del locatore non cessa subito alla morte dello affittuale, esso continua ininterrottamente in base a quella teoria, sino a che non si verifica un cangiamento nello stato attuale, restando inalterata al locatore la possibilità della riproduzione del rapporto originario. Se non che questa semplice possibilità non basta agli occhi del giurista per conservare a quello il possesso, ma esige in quella vece che esso stesso agisca

(1) Fr. 3, § 8, fr. 7, fr. 25, § 2, h. t.

per assicurarselo (1), che quindi guardi ciò che succede del fondo (2), e che destini un altro affittuale, o lo prenda esso stesso in coltura. Intanto il suo possesso deve ancora continuare (non statim interpellari), s'egli però trascura più tempo e non fa quello che avrebbe fatto ogni uomo diligente nella sua posizione perde il possesso. Per quale motivo? Perchè egli non è stato visibile in qualità di proprietario quando ognuno poteva aspettarselo.

Un rapporto eguale a quello che si avvera alla morte dell'affittuale subentra nel caso ch'egli abbandoni il fondo. Africano voleva in questo caso far *tosto* cessare il possesso del locatore (3), mentre due altri giuristi, Pomponio nel fr. 25, § 1 e Paolo nel fr. 3 § 8 h. t., si dichiararono per la sua continuazione. Opinarono essi per la sua *illimitata* continuazione, vale a dire persino nel caso, che il padrone perduri nella inoperosità dopo averne avuto contezza Io non esito punto a risolvere negativamente questa questione. E con quale ragione? Prego il lettore di sospendere intanto il suo giudizio su questo punto.

2) Il fr. 57, § 1 de usurp. (41. 3) di Gaio.

> Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex *negligentia* domini *vacet* vel quia dominus sine successore decesserit vel *longo tempore abfuerit.*

Savigny (pag. 300) cerca di conciliare questo passaggio colla sua teoria supponendo nel possessore la volontà di abbandonare il possesso. Se non che contro una simile supposizione il possessore può richiamarsi allo stesso Savigny, dal momento ch'esso gli consente (loc. cit. Nota) di lasciare giacente la cosa per « negligenza o assenza

(1) Il giurista, colla designazione « possessionem *apisci* » relativa alla misura rivolta alla *conservazione* del possesso, accenna al riacquisto della corporalis possessio esercitata sino allora mediante l'affittuale.

(2) Sendochè l'erede dello affittuale non sia eo ipso affittuale, fr. 60, § 1 loc. (19. 2): Heredem coloni *quamvis colonus non est*, nihilominus domino possidere existimo; è possibile che non esista alcun erede, o lo stesso non sia ancor noto.

(3) « Aliud existimandum; » così la fiorentina e la maggior parte dei manoscritti vulgati. Savigny (pag. 369) vuol dare la preferenza alla lezione: « idem existimandum » che si trova in alcuni manoscritti. Vedi invece Rudorff (pagina 186 ibid).

senza sorveglianza e detenzione « e se da sua parte nulla sorviene per documentare la sua volontà di abbandonare positivamente il possesso, non vedo a cosa si appoggi, nel caso concreto, l'ammissione, che « la cosa debba essere stata realmente senza possessore » (sono le parole della citata nota). Quella distinzione non è, a mio vedere, che un giuoco di prestigio — se si cerca di *applicare* quella antitesi di concetto nel caso concreto, non si tarda guari a persuadersi, che manca ogni punto di appoggio per questa operazione, e che è riposto nell'arbitrio di chi vi si accinge il decidere se « la cosa sia stata per negligenza del possessore senza sorveglianza e detenzione » (sebbene si trovi ancora in possesso), oppure se « sia stata effettivamente (sic!) senza possessore. ».

Il giurista in quel passaggio distingue due casi, in cui il possesso della cosa è vacante (« possessio vacat »), quello di vacanza colpevole (« negligentia domini ») e quello di vacanza innocente, morte e lunga assenza del proprietario. Nell'atto che adduce la « negligentia domini » quale fondamento della perdita del possesso, egli riconosce, rispetto alle cose immobili, il punto di vista, che io devo qui dimostrare, colla stessa chiarezza e precisione, con cui lo riconosce la legge 47 cit. rispetto alle cose mobili. Che il possesso vadi perduto anche nel caso di vacanza non colpevole del possesso non ha nulla di sorprendente, e non sta in contraddizione colla mia opinione. E, nel vero; in via di concetto io opino che il possesso non va *soltanto*, ma sibbene che esso va *anche* perduto per effetto di negligenza. Un fondo per lungo tempo incolto si trova in uno stato, che ripugna alla forma normale di realizzazione della proprietà, non meno degli oggetti di valore lasciati in campo aperto — questa si è una omissa atque neglecta custodia — un'alterazione del normale rapporto proprietario. È irrilevante poi come sia stata occasionata l'alterazione, in esito a casi naturali o azioni umane.

La posteriore legislazione imperiale ha modificato questa proposizione soltanto in un caso. Se cioè il motivo, per cui il possessore per lungo tempo ha trascurata la coltura del fondo, risiede in un fondato timore (« metus necessitate ») vige il principio stanziato nella fr. 4 Cod. de acq. poss. (7. 32) di Diocleziano (a. 290): « ex transmissi temporis injuria ei praejudicium non generari. » Non occorre osservare, che questo passaggio riconosce appunto indiret-

tamente la superiore teoria, nell'atto che esclude il « praejudicium, » che altrimenti risulterebbe dalla omessa cultura, soltanto nel caso di » metus necessitas » (1).

Il proprietario deve coltivare il suo fondo. Questa cultura, imposta già nei vecchi tempi dal censore (2), fu inculcata dalla prosteriore legislazione imperiale in modo che, in caso di omissione, essa permetteva ad ognuno di prendere in cultura il fondo, purchè ne avesse voglia, e dopo due anni gl'impartiva la proprietà (3). Lo stesso permesso fu accordato da Vespasiano rispetto ai fondi destinati a fabbriche (4). Mediante la immissio, ordinata per non essere stata prestata la cautio damni infecti, il possesso, com'è noto, non va subito perduto, se però la misura riesce frustranea, la mercè di un secundum decretum, si opera il passaggio del possesso e della proprietà. Questo provvedimento viene giustificato da Ulpiano, nel passaggio citato, col punto di vista, che all'espiro di un certo intervallo (post aliquod intervallum) si può ammettere:

> quod pro derelicto aedes longo silentio dominus videatur habuisse.

Per certo il giurista non era di opinione che quì sussistesse una vera derelizione, egli voleva soltanto giustificare l'apparente durezza del provvedimento colla considerazione, che il proprietario, mediante la sua totale indifferenza, erasi in qualche modo egli stesso sciolto dalla cosa, e per riprodurre questo punto di vista, da me superiormente

(1) Il contrasto che si scorge nel passaggio: si non *derelinquendi animo* non coluisti, non è esauriente come risulta dalle cose premesse, e fu forse occasionato dalle parole della supplica.

(2) *Gellius* IV. 12. Si quis agrum suum passus fuerat sordescere eumque indiligenter curabat ac neque araverat neque purgaverat sive quis arborem suam vineamque habuerat derelictui, non id sine poena fuit, sed erat opus censorium.

(3) Fr. 8 Cod. de agro deserto (11. 58). Già Pertinace avea permessa questa occupazione; Guyet, Archivio pella pratica civile XVII p. 59. La L. 10. 14 Cod. ibid., accentua e abbrevia quel provvedimento. Nella stessa guisa per l'antico diritto edesco diventa bene della marca e del comune un campo che il proprietario lascia inselvatichire, e sul quale crescono cespi e macchie — Grimm. Antichità giuridiche pag 92.

(4) *Suet*, Vesp. c. 8 vacuas areas occupare et aedificare, si possessores ces-

enunciato, colle parole di un giurista romano, credo di dover dare qui posto anche a questo passaggio.

3) Fr. 13 pr. h. t. di Ulpiano:

Pomponius refert, cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio et *post tempus* extracti: an dominium in integro fuit per id tempus, quo erant mersi? Ego dominium me retinere puto, possessionem non puto.

Secondo la spiegazione di Savigny (pag. 340), Ulpiano avrebbe quì negata la continuazione del possesso pel motivo che mancava la possibilità di ricuperare a piacimento le pietre. In questa presupposizione il possesso sarebbe andato subito perduto, e il « post tempus » che si trova nel passaggio difetterebbe di ogni significato, e difatto Savigny lo ignora completamente. Se non che il « post tempus » ha il suo significato e corrisponde alla sortita del fr. 40, § 1 cit. « non *statim* interpellari possessionem, sed tunc demum, cum dominus possessionem apisci neglexerit. Il proprietario delle pietre avea lasciato trascorrere lungo tempo prima di decidersi di estrarle, e appunto questa continuata inoperosità non armonizza col modo di agire del diligente proprietario, colla massima « omnia ut dominum fecisse » — egli ha lasciato lungo tempo le sue cose in una posizione, che ripugna all'aspetto normale della proprietà.

Un riscontro del « post tempus » di questo passaggio fornisce il « diu » del seguente:

4) Il fr. 3, § 10 h. t. di Paolo (1):

Si servus, quem possidebam, pro libero se gerat, ut fecit Spartacus, et judicium liberale pati paratus sit, non videbitur a domino possideri, cui se adversarium praeparat; sed hoc ita verum est, si *diu* in libertate moratur.

Perchè fa Paolo questa limitazione? La teoria di Savigny deve restare in debito di risposta su questo punto. Il possesso degli schiavi o sin da principio andava perduto, o continuava a sussistere; nell'ultimo caso esso deve, secondo Savigny, continuare ininterrottamente, se del resto nulla si cambia — *il tempo, come tale, non ha per Savigny alcun potere sul possesso.*

(1) Nelle Pandette si trova ancora un frammento di questo giurista, nel quale egli tocca la stessa questione, però senza accennare al « diu » nel fr. 15, § 1 de usurp. (41, 3).

Secondo la mia teoria all' incontro il tempo ha questo potere, e deve averlo. Appunto questa importanza del tempo costituisce ai miei occhi uno degli argomenti principali pella esattezza della mia teoria. Da chi vuol sostenere ancora la formula di Savigny sulla continuazione del possesso mi è lecito esigere schiarimento su due punti, primamente sul punto: come si possano conciliare colla teoria di Savigny i superiori passaggi, in forza dei quali in caso di persistente negligenza (« non statim », « post tempus », « longo tempore », « lungo silentio », « diu ») il possesso va perduto senza che avvenga un cangiamento nel corpus o nell' animus; e poi sul punto: come precisamente il più reale di tutti i rapporti di diritto, il possesso, possa essere svincolato dal requisito della realità, che del resto vale per tutti gli altri rapporti di diritto patrimoniale? Nell'antico diritto romano la proprietà andava perduta per usucapione in uno, rispettivamente in due anni, parimente la servitù mediante non uso, le azioni penali pretorie si prescrivevano in un anno, e quindi, secondo la percezione romana, il diritto si consuma rapidamente se non è sorretto dalla realità dello esercizio. E la mancanza di questo momento pun'o affetterebbe il possesso, un rapporto che, come nessun altro, è sot'oposto alla forza del fatto — per un Matusaleme esso durerebbe anche senza questo momento cento e più anni!

Se non che mi si obbietterà: lex ita scripta est! la nota legge 153 de R. J. (50. 17) dice espressamente, che il possesso dura sino a tanto che animus e corpus si convertano nel contrario (in contrarium actum). Sono unanimi i giurisperiti nell'ammettere il rischio che si corre fondando una teoria, anzichè sulle concrete decisioni delle fonti, sull'astrazione di un giurista romano, e la regola superiore di Paolo offre, a mio credere, una nuova illustrazione alla massima del fr. 202 de R. J. (50. 17): omnis definitio in jure periculosa est, parum est enim ut non subverti possit.

E, nel vero; essa punto si attaglia alle decisioni concrete dei giuristi romani, per lo meno non si attaglia alle medesime se si concepisce « l'actum in contrarium » nella nota maniera, con cui lo concepiscono Savigny e la teoria dominante. Per tacere dei passi surriferiti, come si concilia quella regola colla perdita del possesso congiunta alla morte? Questa non cangia menomamente lo stato esterno della cosa, viene a cessare soltanto l'animus, ma questa ces-

sazione dell'animus, non è evidentemente un animus in contrarium actus; la volontà di possedere non trasmigra qui, come esige Savigny, nella volontà « di non possedere. » Se poi si manifesta, come avviene indubbiamente nel caso, una contraddizione fra la astrazione teoretica di una «regula juris » di un giurista romano, e le pratiche decisioni delle fonti, noi seguiamo soltanto l'additamento dello stesso Paolo, contenuto nel fr. 1 de R. J. (50. 17): Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat, attenendoci al concreto materiale delle sorgenti, e cercando quindi di astrarre dal medesimo la regula juris e appunto in questo riguardo Savigny non ha omesso di offrirci un modello (1).

Io voglio in chiusa incontrare ancora una obbiezione, alla quale sono preparato in vista alla opinione, sin qui svolta, sulla continuazione del possesso. Quando essa designa come requisito di tale continuazione la diligenza dell'esatto proprietario, le si farà probabilmente il rimprovero che questo regolo pecca d'indeterminatezza (2).

Io rispondo a questo rimprovero richiamandomi semplicemente alla teoria della « diligentia » nei rapporti obligatori. Amendue i regoli, dei quali si servono i romani per stabilirla: quello della diligenza dell'uomo idoneo di affari, e dell'uomo comune, non sono punto più determinati del mio, e io sono persuaso, che quest'ultimo assai più

(1) Io rimetto il lettore per es. al suo Sistema III pag. 346, ove egli si occupa della regola espressa nel fr. 7 e 8 de jur. et fact. ignor. (22. 6) « Noi non contraddiciamo, dice egli, per avventura alle nostre fonti di diritto con tale procedimento, ma noi ci atteniamo soltanto alle loro sicure decisioni nei singoli casi, e trattiamo i passi surriferiti *quale un tentativo mancato di enunciare un principio generale.* » Se Savigny non avesse scritto la sua opera sul possesso alla età di 23 anni, ma in età matura, egli avrebbe forse applicato lo stesso procedimento anche rispetto alla superiore regola di Paolo.

(2) Credo però di aver dimostrato nella critica della teoria di Savigny che questo rimprovero potrebbe appena sortire dalla bocca di uno dei suoi propugnatori. L'apparenza di determinatezza nella formula di Savigny per lo acquisto e perdita del possesso si riduce a nulla, non appena la si vuol applicare, ma non voglio ritornare su questo punto. Non si tratta però di sapere quale delle due formulazioni, quella di Savigny o la mia, sia più determinata — sebbene la mia, a quanto credo, non abbia a temere il confronto, ma si tratta soltanto di sapere quale sia la *veritiera*, vale a dire quale corrisponda alle decisioni e ai pronunciati delle nostre fonti.

di rado, che quelli, metterà capo a dubbiezze nell'applicazione. Anzi io ripeto il convincimento, espresso superiormente, che cittadini e campagnuoli, colla scorta della mia teoria, saranno in grado di risolvere la questione: se sussista un possesso o meno, con una sicurezza, senza confronto maggiore, che i corifei della giurisprudenza in base alla teoria di Savigny. Senza dubbio lo stesso giudice, che nei rapporti *obligatori* viene spesso a trovarsi nella posizione di dover decidere, ciò che avrebbe dovuto fare il « diligens pater familias, » o nell'*ususfructus* il « bonus vir, » non retrocederà neppure dinanzi al compito di stabilire nel *possesso* ciò che avrebbe fatto l'esatto proprietario. La mia teoria non esige da esso, rispetto al possesso, più di quello che esigeva indubbiamente il diritto romano in quei rapporti. E quindi quella obbiezione non colpisce la mia teoria, ma va a cadere sul diritto romano, e si ritorce da ultimo contro l'autore della obbiezione, dappoichè soltanto chi è ignaro del diritto e della vita possa fare un rimprovero al primo di rimettere il giudice alle esigenze della vita reale, anzichè a una formula magica, alla cui vista meravigliosa crede soltanto quello che viene di rado, o mai, a trovarsi nella posizione di farne la prova nel singolo caso.

Io concentro il risultato della disamina sin qui praticata nelle seguenti proposizioni:

« Il possesso non deve a sè stesso, ma alla proprietà, la sua elevazione a un rapporto giuridicamente importante. Allo scopo di accordare al proprietario contro certi attacchi un rimedio protettorio più facile della reivindicatio, nelle veci della prova della giuridica esistenza della proprietà, è stata collocata la prova della sua esistenza di fatto.

Questa presupposizione, che di regola viene seguace alla vera proprietà, rende partecipe di tale protezione anche il non proprietario, nei casi in cui eccezionalmente possesso e proprietà sieno disgiunti.

Questo ultimo effetto non costituisce lo scopo dello istituto possessorio, ma è una *inevitabile conseguenza* del medesimo. La idea della protezione possessoria, nella sua piena verità e generalità, esige protezione contro ogni lesione del possesso, avvenuta contro la volontà del possessore. Questa esigenza, che non era stata realizzata ancora nell' antico diritto romano, che

limitano la protezione soltanto a certe lesioni, è stata attuata in tutta la sua estensione dal più recente diritto romano.

Nella relazione colla proprietà si trova la chiave per la retta intelligenza della teoria materiale del possesso: tanto per ciò che concerne l' *astratta* estensione dello istituto possessorio — esso corre perfettamente parallelo alla proprietà — quanto per ciò che attiene alle esigenze del possesso *concreto* — esse si riducono al punto di vista dello esterno rapporto colla cosa corrispondente alla proprietà.

La designazione del possesso sulle cose quale estremità (esteriorità) o visibilità della proprietà racchiude in sè l'intera teoria pessessoria. »

ADDIZIONI DEL TRADUTTORE.

I.

PARALLELISMO FRA POSSESSO E PROPRIETA' SI' IN LINEA SOGGETTIVA CHE OGGETTIVA.

1.° *Nel Diritto austriaco.*

« Omnia ut dominum gessisse ».

Il possesso è la estremità (la esteriorità) della proprietà.

Anche nel diritto austriaco questo deve essere il punto di uscita per la costruzione della teoria possessoria.

Il diritto è il punto centrico *invisibile*, il possesso è la estremità *visibile* della proprietà.

Seguendo un ordine affatto diverso, da quello osservato comunemente, devesi partire dal diritto per arrivare alla protezione possessoria, e da questa al concetto del possesso, della *estremità proprietaria*, nella stessa guisa che i raggi partono dal centro per giungere alla periferia.

Tutta la teoria possessoria si riflette, come in uno specchio, nell'ultimo risultato in cui Ihering concentra la sua geniale disamina praticata su questa difficile materia, e che qui cade in acconcio di ricordare per acquistare un solido punto di partenza (Vedi p. 170 e seg.).

Il codice austriaco al § 339 proclama il principio che « il possessore di buona fede per la sola ragione del possesso di buona fede può usare ad arbitrio della cosa ch'egli possiede, consumarla ed anche distruggerla sensa responsabilità ».

Per tal modo il codice austriaco delinea nettamente il parallelismo che corre fra proprietà e possesso di buona fede, e che non può essere revocato in forse ove si raffronti la surriferita disposizione con quella del § 362.

Il diritto austriaco adotta quindi pel possessore di buona fede la massima della legislazione romana:

Omnia ut dominum gessisse.

Se non che questo parallelismo non si limita al solo possesso di buona fede, ma si estende al possesso in genere, e nella di amina dei punti salienti della materia, relativi al *soggetto*, all'*oggetto*, allo *acquisto*, alla *perdita* e alla *protezione* del possesso, ci convinceremo di leggeri che anche nel diritto austriaco il possesso deve essere messo in relazione colla proprietà, se si vuol costruirlo sopra una solida base.

Errano quindi i nostri scrittori movendo dal punto di vista della detenzione, che viene accolto anche da Randa nella sua, del resto pregevole monografia: « Il possesso secondo il diritto austriaco » Lipsia 1865.

« Il naturale punto di partenza della teoria del possesso si è la detenzione ». Così esordisce il citato autore, non senza soggiungere: « Legislazione e giurisprudenza hanno sempre seguito questo movimento ».

Per noi invece quel punto di uscita è affatto innaturale, e quel movimento ne ricorda lo sterile lavoro di Sisifo.

A puntello della preaccennata erronea opinione s'invoca la definizione del § 309 C. C. secondo il quale: « Quegli che ha una cosa in suo potere o in sua custodia si chiama detentore della medesima. È possessore chi la tiene con animo di averla come propria (1) ».

Se non che due osservazioni di sommo rilievo snervano affatto la importanza di questa definizione in quanto si vuol porla a base della costruzione del concetto possessorio. Anzi tutto giova osservare, che i compilatori del codice non sono gran fatto fortunati nella difficile arte del definire concetti giuridici, e provano, a ogni piè sospinto, la verità dell'assioma romano:

« Omnis definitio in jure civili periculosa est ».

(1) Confr. § 1, I libro 7 titolo del Codice prussiano, Art. 2228 Code Civil, e Art. 605 seg. del Codice Italiano, che illustreremo in seguito. Vedi inoltre § 30, II Parte del codice galiziano, con avvertimento che, meno a cune modificazioni e varianti linguistiche, il codice attuale ha accolto la teoria possessoria del galiziano. Questa osservazione ci dispensa da frequenti citazioni e confronti fra i due codici.

E, nel vero:

Il § 353, in testa della dottrina proprietaria, enuncia un concetto affatto volgare, e affatto incivile della proprietà, lungi dal darne una definizione tecnica limitandola alle cose corporali, limitazione a cui è costretto ricorrere il successivo § 354, che tratta dello stesso diritto in linea soggettiva. Per tal modo si ha la mostruosità, avvertita da Unger (1), che in due paragrafi, che si succedono immediatamente, la stessa parola viene accolta in due sensi diversi.

Il § 472 dà una definizione delle servitù, che, come osserva a ragione il citato autore (2), si attaglia a ogni jus in re. Di fatto l'obbligo del proprietario di soffrire o di tralasciare qualche cosa a vantaggio di un altro è comune a tutti i jura in re. Eppertanto la definizione del § 472 potrebbe applicarsi anche al diritto di pegno, perchè anche in questo caso il proprietario deve tollerare qualche cosa, vale a dire la distrazione del pegno, o, in termini più generali e più adequati, la realizzazione del credito sul suo valore; e deve inoltre intralasciare qualche cosa, vale a dire la distruzione e la deteriorazione dell'ente pignorato. Da ciò ne consegue che alla definizione sporta dal § 472 manca il lato della specifica contenenza del diritto di servitù, che solo distingue questo diritto reale dagli altri, vale a dire la facoltà di godimento, attribuita più o meno estesamente a un determinato soggetto.

Indarno dalla definizione del § 532 cercherebbesi di dedurre una esatta nozione del diritto ereditario, che è il diritto di rappresentazione della personalità giuridico-patrimoniale di un defunto. Questo concetto essenziale, che dovea essere assunto nella definizione, perchè costituisce la contenenza del diritto ereditario, traluce appena dal § 547.

E qui potrei accumulare a piacimento gli esempj. Mi basterà citare ancora la infelice definizione del contratto obbligatorio, contenuta nel § 861 (confr. col § 864), e sorta sotto la influenza della antiquata concezione di diritto naturale (3).

Nella stessa guisa poi che per stabilire la vera essenza del diritto ereditario ci è lecito di far astrazione dal § 532, che ne mette in

(1) Sistema del diritto privato austriaco I, § 61, Nota 59.

(2) Ibid. Nota 71.

(3) Confr. Kant, Principj metafisici della scienza giuridica, e Zoiller III, p. 6.

rilievo soltanto lo effetto e non la contenenza, e di far ricorso al § 547, così nessuno ci potrà negare il diritto di prescindere dal § 309, e di ricorrere a un altro punto di vista per costruire il concetto del possesso.

Sorviene poi l'altra osservazione che lo stesso codice apre più di una breccia alla disposizione del § 309, ora in relazione al momento soggettivo, ora in relazione al momento oggettivo del possesso, e, come consente anche Randa, ammette il possesso in casi in cui mancano le sue presupposizioni di fatto, e lo nega invece in casi in cui esso dovrebbe essere ammesso in base al suo concetto naturale. Lo ammette cioè in tutti i casi in cui è possibile la proprietà in direzione soggettiva o oggettiva, e lo nega in tutti i casi, in cui la proprietà è impossibile, come vedremo or ora.

Nei casi contemplati dai § 427 e 429 si acquista il possesso sebbene manchino, per ripetere la frase di Randa, le sue naturali presupposizioni. e quindi colla consegna della chiave il compratore ottiene il possesso del fondaco da esso acquistato, senza che a questo effetto occorra la detenzione. Egli acquista il possesso perchè acquista la proprietà mediante la così detta tradizione simbolica. Questa rende per tal modo omaggio nel diritto austriaco all'esatto principio che il concetto possessorio può essere costruito indipendentemente dalla detenzione, dal requisito voluto da Savigny del « dominio fisico » sulla cosa.

Pel diritto austriaco possono altresì possedere le persone sfornite di capacità volitiva, alienati, fanciulli, patrimoni impersonali, vale a dire sostanze indipendenti', devolute a uno scopo (dette impropriamente persone giuridiche) (1), rispetto alle quali non può essere in alcuna guisa parola di volontà, nè naturale, nè finta, e quindi del requisito soggettivo del possesso. Come si può accordare il possesso a enti sforniti di volontà ? In base alla teoria dominante, e in particolarità alla dottrina di Savigny, questo enimma resta insoluto. Mettendo invece con Ihering il possesso in relazione colla proprietà il fenomeno è presto spiegato. Ai pazzi e ai fanciulli non si può negare la capacità possessoria senza dichiararli quasi incapaci di

(1) Forlani: Delle persone giuridiche. Studio critico. Bologna. Tipi Fava e Garignani, 1871.

proprietà. Negando loro quella capacità li si obbligherebbe, in caso di sottrazione del possesso, a spiegare la reivindicatio, anzichè l'azione possessoria (interd. recuperandæ possessionis § 346 Cl.), anzi, come osserva Ihering, si precluderebbe a quelle persone la possibilità dell'acquisto della proprietà mediante tradizione, insomma, lungi dal migliorare la loro posizione giuridica, e questo è il cómpito del diritto, la si renderebbe peggiore.

Dicasi altrettanto dei patrimoni impersonali, ai quali è consentita altresì la possibilità della usucapione, e la facilitazione della prova, accordata dal possesso. Anche qui, come osserva egregiamente Ihering, l'apprensione teoretica è stata vinta dal bisogno pratico. Anche qui è stata introdotta la protezione possessoria nell'interesse della proprietà.

Non va poi dimenticato che pel diritto austriaco continua il possesso nei pupilli e nei curandi, sebbene essi abbiano deposta la volontà di possedere, senza adesione del loro legale rappresentante (§ 865) (1). L'acquisto poi del possesso mediante rappresentanti è una ulteriore violazione del requisito soggettivo (§ 340).

Nel capitolo stesso del possesso troviamo inoltre due altre disposizioni, che dimostrano a cosa si riduca l'altro elemento costitutivo del possesso, dal quale si dovrebbe partire giusta la teoria in voga. Il § 349 dispone: « Il possesso di una cosa corporale si perde in generale quando viene smarrita senza speranza di ricuperarla », — e in piena corrispondenza il § 352 prescrive: « Finchè avvi speranza di ricuperare la cosa perduta, il possesso può conservarsi colla sola volontà » (2).

Tutte queste disposizioni, alcune delle quali decampano dalla esigenza del corpus, e altre da quella dell'animus, ci danno il diritto di adottare un diverso punto di vista per la costruzione del concetto possessorio, e di far risalire il possesso, con riguardo alle superiori indicazioni, alla sua sorgente naturale, mettendolo in connessione colla proprietà.

Da questo punto di vista esso ci apparisce anche nel diritto austriaco quale un istituto introdotto a vantaggio del proprietario, come un completamento della proprietà, come una facilitazione della prova, che ridonda di regola a vantaggio dello avente diritto.

(1) Confr. fr. 29 de poss. (41. 2), e fr. 11 ibid.

(2) In particolarità importante pel nostro assunto si è la disposizione del § 351, che ci riserviamo d'illustrare quando tratteremo del quasi possesso.

Il possesso quindi anche nella nostra legislazione si presenta sulla scena giuridica in servizio della proprietà, donde la conseguenza che per stabilirne il concetto il punto di uscita non deve essere la detenzione accompagnata dall'animo, ma sibbene il diritto, la cui tutela trova nella protezione possessoria la sua più energica espressione.

Noi arriviamo allo stesso risultato se prendiamo in contemplazione i casi, nei quali la legge non ammette il possesso, sebbene sussistano le presupposizioni naturali della sua esistenza.

Qui vanno citati gl' impedimenti scatenti dalla incapacità della cosa (res extra commercium § 311), oppure dalla incapacità della persona (§ 355 comb. col § 356) (1). Il confronto fra i § 310 e 311, nel capitolo del possesso, coi § 355 e 356, che rispetto allo acquisto della proprietà esigono egualmente la capacità del *soggetto* e dell'*oggetto*, mettono altresì in risalto il parallelismo fra lo istituto possessorio, e lo istituto proprietario, e la massima accentuata da Ihering, che dove è possibile la proprietà è possibile anche il possesso, e per inverso dove non è possibile la prima non è possibile neppure il secondo.

In presenza di queste considerazioni la definizione del § 309 non può trattenerci dal costruire la nozione del possesso con riguardo alla sua relazione colla proprietà, senza preoccuparci del suo aspetto naturale.

La suddetta definizione, che prende per base l'uso linguistico volgare, come ammette Randa, non può impedirci di dare al possesso la sua vera configurazione giuridica, nella stessa guisa che la disposizione del § 353 non può vietarci di limitare il concetto della proprietà, in senso tecnico, al solo dominio giuridico sulle cose corporali.

E qui cade in acconcio di osservare con Ihering che la piena indipendenza della protezione possessoria dalla naturale esistenza del possesso, vale a dire il fatto che può esistere un possesso nel senso in cui esso viene naturalmente concepito nella vita, senza essere riconosciuto come tale dal diritto (per es. il possesso di cose fuori di commercio), e che per converso la protezione possessoria può essere accordata dove manca il possesso in quel senso, è piena-

(1) Confr. fr. 30, § 1. 3; fr. 3, § 17; fr. 30, § 30; fr. 49, § 1 de poss. (41. 2).

mente conforme alla teoria, che fa dipendere la questione della protezione non dalla definizione del possesso, ma dallo interesse della proprietà. Il giurista, con riguardo a questo scopo pratico della protezione possessoria, non deve punto preoccuparsi delle vedute naturali, e dell'uso linguistico volgare per ammettere o meno la esistenza del possesso.

D'altronde quell'argomento è un'arma a doppio taglio, e lo stesso Randa se ne accorge.

E, nel vero:

Nella stessa guisa che nelle costituzioni imperiali (1) viene a galla la percezione della vita comune, che ravvisa il proprietario nel possessore, così anche in numerosi passaggi del codice austriaco (2) la parola possesso viene adoperata per proprietà.

La esclusività del possesso, e vari altri punti di contatto, sono un ulteriore argomento in appoggio del parallelismo, che intercede fra esso e la proprietà.

Abbiamo constatato, che dove non è possibile la proprietà non è possibile neppure il possesso, se al loro acquisto osta un impedimento soggettivo od oggettivo.

Nel compossesso si riproduce lo stesso pensiero.

Il compossesso in solido (compossessio plurium in solidum) è impossibile perchè è impossibile la comproprietà in solido. Questa massima è proclamata chiaramente nel fr. 5, § 15 comm. vel contra (13. 6): « Celsus filius ait, duorum quidem in solidum *dominium*, vel *possessionem* esse non posse » (3).

Epperò anche il § 349 C.C. dispone, che « il possesso di una cosa corporale si perde... quando passa in possesso di un altro » e quindi non appena essa si sottrae alla sua destinazione normale di servire al proprietario.

(1) Fr. 12 C. de poss. (1. 32), fr. 1 C. de praescr. (7. 3), fr. 2 C. de prob. (4. 19), fr. 1 C. si per vim (8. 5).

(2) §§ 473, 476, 482, 484, 494. conf. coi §§ 514, 515, 517, 520, 526, nonchè i §§ 857, 858, (conf. col § 825) e 1095, 1120, 1123, 1125, 1150, 1236, ecc.

(3) Conf. fr. 3, § 5 de poss. (41. 2), che esordisce colle parole: « Et contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contro naturam coepe est ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris.

Ad ogni modo il possesso dell'uno cessa quando comincia quello dell'altro, anzi, secondo Ihering, non appena la cosa viene a trovarsi in una posizione critica, che rende possibile a un terzo la occupazione. E qui giova ripetere uno degli esempj addotti dal citato autore. Il cacciatore perde nel bosco il suo carniere, o lo lascia colà di proposito; lo stato, in cui ve lo trova un terzo, non è quello, nel quale il proprietario usa esercitare sul medesimo la sua proprietà, esso documenta un turbamento del normale rapporto proprietario, vale a dire esso è privo di possesso.

Non appena è sorto il nuovo possesso cessa il precedente, e resta esclusa per tal modo la possibilità del compossesso in solido. Da questa apparizione va distinto però il compossesso per parti ideali.

Nella stessa guisa che si deve distinguere la comproprietà pro indiviso dalla comproprietà in solidum, devesi distinguere il compossesso pro indiviso dal compossesso in solidum. Anche qui si riproduce lo stesso parallelismo. È possibile anche un compossesso per parti ideali (compossessio pro indiviso), vale a dire parecchi possono avere il possesso della stessa cosa, in modo che le porzioni dei singoli sieno concepite intellettualmente (intellectu e non corpore), nella stessa guisa che parecchi possono avere la proprietà della stessa cosa per quote esistenti soltanto nel pensiero (§ 361, e 825 conf. col § 833 C. C.).

Il compossesso è la estremità della comproprietà.

Allato di questa configurazione giuridica viene ad adagiarsi il compossesso pro diviso, che corrisponde alla comproprietà pro diviso.

Questa presuppone che sia già seguita la divisione della cosa comune, però in modo che ciascuno dei pezzi separati costituisca bensì un tutto, ma essi, sieno sempre connessi esternamente, e formino qnindi apparentemente un tutto più grande.

Questo, come osserva giustamente Unger (1), è uno stato di apparente comunione, che però di fatto è mera vicinanza.

In piena corrispondenza colla comproprietà pro diviso, anche nel compossesso pro diviso ciascuno possiede per sè una porzione esclu-

(1) Sistema I. P. 413 seg. La comunio pro diviso è un concetto importante pel codice austriaco, dappoichè, come avverte egregiamente Unger, deviando dalla comune opinione, riposi sul medesimo la nozione e il trattamento giuridico dei muri comuni (§ 854). Confr. anche Randa, pag. 158.

siva (confr. § 841, 842, 843, 854, 855, 856, C.C.), e soltanto la connessione esterna delle singole porzioni le fa apparire quale compossesso rispetto al tutto, per es. parecchi fondi di una possessione campestre (1). Oltracciò, con riferimento al § 327, Randa (p. 156) cita il possesso del proprietario limitato di una cosa, e il contemporaneo possesso di certi diritti sulla cosa per parte dei terzi, per es. A è in possesso dell'usufrutto di una cosa, nel cui *possesso proprietario* si trova B, cotalchè la stessa persona, eccedendo i confini del proprio diritto, può essere sotto diverso riguardo possessore di buona e di mala fede, legittimo ed illegittimo (2).

In riserva di prendere in più vicina contemplazione questo punto quando tratteremo del quasi-possesso, passiamo ad esaminare con Randa, alle cui deduzioni annettiamo una speciale importanza, perchè consacrate preponderantemente al diritto austriaco, l' influenza che esercita la divisione di una cosa comune sul possesso. Qui ci si affacciano ulteriori irresistibili argomenti in appoggio della nostra tesi, e in prova del parallelismo, che intercede fra possesso e proprietà.

(1) Randa, pag. 156, n.° III.

(2) Confr. Nippel, III, pag. 105. Winiwarter, II, pag. 57. Stubenrauch, I, pagina 651, seg.

Il diritto prussiano ammette una specie di compossessio in solidum nel così detto possesso completo e incompleto (§ 6.-10. 169-175. I. 7). Vedi Dernburg, Manuale del diritto prussiano, Halle, 1871. Questa recente pubblicazione dell'eminente civilista prussiano mi è capitata fra le mani in corso di lavoro. Scorgo con piacere che anch' egli adotta molte delle opinioni d' Ihering, e cerca di accomodarle al diritto prussiano. Anch'egli astrae dal requisito della influenza corporale sull'oggetto del possesso, ed osserva giustamente che l'uomo soltanto temporaneamente, e in limitate proporzioni, può esercitare un dominio fisico immediato sul mondo esteriore, mentre i rapporti possessorii costituiscono non solo momentanee ma durevoli relazioni, che si estendono eziandio all'avvenire. « L'essenziale del rapporto sta in ciò che la cosa venga a trovarsi in una posizione, nella quale calcoliamo con certezza di poter disporre di fatto della medesima. » Anch' egli mette in rilievo con Ihering la necessità del momento giuridico o ideale del possesso, e quindi della protezione contro l' ingerenza indebita, e la intemperanza di soggetti di diritto estranei. « Contro simili attacchi in uno stato colto non ci difendono in prima linea le serrature e i catenacci. Assai più importanti sono i mezzi morali. » E qui egli cita il rispetto dell'ordine giuridico, e altri argini morali, riproducendo per tal modo il pensiero d' Ihering.

1.° « Il suolo soltanto in una determinata delimitazione è oggetto di commercio giuridico, e quindi di possesso. » Questo concetto: che Randa ripete con tante varianti, equivale alla proposizione, « Dove è possibile la proprietà è possibile anche il possesso » (1). Anche il suolo può essere oggetto di possesso in tanto in quanto può essere oggetto di proprietà, e colle eguali limitazioni. Il suolo viene d'ordinario delimitato e diviso mediante tracciamento di confini (§ 845), e per tal modo può sorgere appunto il rapporto che abbiamo in precedenza designato coll'appellativo di comproprietà pro diviso, alla quale corrisponde il compossesso pro diviso.

2.° Le cose costituiscono col suolo un tutto indivisibile. Epperò non è possibile un possesso separato sul suolo e sulla superficie, perchè non è possibile una proprietà separata, come risulta dai §§ 417-419 C. C. « Possesso e proprietà presuppongono cose indipendenti. » E qui Randa cita la impossibilità di un possesso sopra diversi piani di una casa, o sopra singole stanze, e quindi della compossessio pro diviso della casa.

3.° Quanto ai fiumi il citato autore esclude naturalmente dal possesso il letto dei fiumi pubblici (navigabili), e lo stesso fiume, pel motivo ch'esso è un bene pubblico (res publica § 287), e « non può essere quindi oggetto di privato commercio e di possesso! » Quanto ai fiumi, che non sono pubblici, ammette bensì il possesso, ma non un possesso diviso, tutt'al più la concorrenza del possesso e quasi possesso, nel caso che uno possieda il letto, e altri possiedano i diversi diritti di godimento, che si riferiscono all'acqua del fiume, e ai suoi organismi.

Dernburg si scosta però dalla sua opinione per ciò che concerne il concetto del possesso. Se non che egli, a mio credere, frantende Ihering, che mai si è sognato di far risalire il possesso alla presunzione della proprietà, anzi questa opinione viene da esso impugnata, e per ciò che risguarda il vero suo assunto, vale a dire la facilitazione della prova introdotta a favore del proprietario, l'appunto di Dernburg si appalesa affatto infondato. Dernburg opina, che, se la opinione d' Ihering fosse esatta, la prova liquida della non proprietà del posè sessore dovrebbe rendere inefficiente l'azione possessoria. Non so vedere come questa *prova liquida* possa venire fornita nel processo possessorio, e come possa essere opposta a Ihering, che esclude in via di principio la questione di diritto dalla controversia possessoria, e fa dipendere appunto da questa esclusione il criterio caratteristico del possesso.

(1) Anche Randa osserva poco stante (pag. 163): « In tanto in quanto non possibile la proprietà sopra una cosa non è possibile neppure il possesso. »

Randa viene altresì in nostro soccorso là quando, svolgendo ulteriormente la teoria del compossesso, osserva che, in via di concetto, nessun compossessore ha un esclusivo potere neppure sopra una piccola parte materiale della cosa comune, ma all' incontro ha diritto di disporre liberamente della sua parte intellettuale.

Il compossessore è adunque collocato sulla stessa linea col comproprietario, come risulta dal confronto del § 833 (che ammette il compossesso pro indiviso in opposizione ai §§ 841-843, e 854-856) col § 828.

Anche nel compossesso adunque proprietà e possesso si coprono a vicenda, e lo ammette lo stesso Randa (pag. 167).

Non possiamo però convenire con esso che nella stessa guisa che nel condominio pro indiviso è diviso il diritto (1), così nel compossesso pro indiviso sia diviso il potere di fatto, il dominio della volontà. Un fondo spetta in comune a tre diverse fondazioni, come si può parlare in questo caso di divisione del dominio della volontà? Nè ci si opponga che qui supplisce la volontà dei rappresentanti al difetto di volontà degli aventi diritto. Questi argomenti equivalgono a giuochi di prestigio, e non sono atti a convincere.

Se passiamo ora agli altri punti di contatto incontriamo le stesse apparizioni:

a) In prima linea sul terreno della dottrina delle cose semplici (res unitae) e composte (rex connexae) (2).

Rispetto alle prime è possibile soltanto un possesso, vale a dire sul tutto. Un possesso di parecchi (pro diviso) sopra queste cose è impossibile, pel motivo che è impossibile rispetto alle stesse una proprietà di parecchi (pro diviso). A non può possedere il piede di un cavallo e B l'altro piede, pel motivo che A non può essere proprietario di un piede e B dell'altro, tanto è ciò vero che se il primo spiega l'azione rivendicatoria, e viene licenziato, non può riproporla se l'animale viene in seguito sgozzato, rivendicando per avventura un piede o un altro membro (fr. 70 § 2 de usufr. (7. 1). Gli starebbe contro l'exceptio rei judicatae.

(1) Windscheid, Pandette I, § 140, Nota 4, opina invece, che sia diviso il valore. Mi sembra però ch'egli scambi il punto di vista giuridico col punto di vista economico, e quindi inclino più presto per l'avviso di Unger, accolto anche da Randa.

(2) Unger, Sistema I, pag. 419. seg.

Anche rispetto alle cose della seconda categoria se la composizione è tale che le parti perdano la loro esistenza separata (separatum corpus), sino a che dura questa unione fisica, non può verificarsi un possesso indipendente di varie persone rispetto alle parti (compossessio pro diviso). A per es. non può possedere l'orologio e B possedere le ruote, C non può possedere i mattoni e D la casa (universitas rerum coherentium). Perchè? Pel motivo che, in sussistenza della congiunzione fisica, le parti difettano di esistenza separata, e non può costituirsi sulle medesime una proprietà indipendente (fr., 23, § 5 D. de V. S. (50. 16); fr. 7, § 10 D. de A. R. D. (41. 1).

Se per inverso nella composizione le parti non perdono la loro esistenza separata, ma continuano a sussistere come enti fisici singoli, e si trovano quindi col tutto in una connessione meramente esterna, è possibile sopra ogni parte possesso indipendente. Epperò A può possedere la barca, e B il timone o la vela, sebbene e l'uno e l'altra sieno necessari al completamento della prima (1). Ciò non pertanto è possibile un possesso separato. Perchè? Pel motivo che è possibile una proprietà separata sul timone e sulla vela, tanto è vero che non è necessaria una previa separazione per rendere questi oggetti capaci di rivendicazione.

b) Allo stesso risultato si perviene se si prendono in contemplazione le universitates rerum. Nella stessa guisa che la giurisprudenza ha creato nelle universitates personarum un soggetto finto, ideale di diritto (una persona giuridica), ha creato nelle universitates rerum un oggetto finto, artificiale di diritto (§ 302). Se non che, come osserva Randa, che si uniforma a Unger, la università di cose (universitates rerum distantium, in opposizione alle universitates rerum coherentium, di cui è stato prima parola), non è oggetto del possesso, sibbene le singole cose corporali, che la compongono. Non si possiede per es. la biblioteca, come tale, ma i singoli volumi nella stessa contenuti. E perchè? Pel motivo che la università, che è un ente ideale, *incorporale*, esistente soltanto in via di concezione,

(1) Fr. 44, D. de evict. (21. 2). « Omnia autem quae conjuncta navi essent veluti gubernacula, malus antennae, pelum, quasi membra navis esse. Conf. fr. 242. pr. de V. S. (50. 16).

non può essere oggetto di proprietà. Unger (1) osserva giustamente che la espressione proprietario di un gregge, di una biblioteca, è soltanto la espressione accorciata per dinotare il proprietario delle singole cose, nel riflesso anche che si chiama proprietario del gregge anche quello cui appartiene la maggior parte delle pecore, mentre è indubbio che il gregge gli spetta in quanto egli è proprietario dei singoli pezzi (fr. 1 § 2, fr. 2 fr. 3 pr. de rei vind. (6. 1). Unger vuole applicato questo principio anche al possesso secondo il codice austriaco, in onta alla smisurata latitudine del § 311, e noi accediamo naturalmente alla sua opinione, che conferma una volta di più il parallelismo da noi sostenuto.

c) Nè diverso è il risultato che si ottiene se si prendono in disamina le pertinenze e le accessioni.

La pertinenza in senso tecnico, vale a dire una cosa ausiliaria, che serve soltanto ai bisogni e agli scopi della cosa principale, e si aggiunge quindi a una cosa già completa per conservarla, difenderla, abbellirla, e renderla più utile, può essere oggetto di possesso separato, se non si trova in una unione corporale colla seconda. Uno può possedere per es. la macchina per estinguere gl' incendi, che è pertinenza di una casa, e l'altro possedere la casa. Perchè? Lasciamo la risposta a Randa. « La bisogna non procede diversamente rispetto alla questione di proprietà » (pag. 184) (2).

Non così se la pertinenza è congiunta in modo fisso e solido colla cosa principale (per es. un parafulmine attaccato alla casa). Qui non è possibile separato possesso perchè non è possibile proprietà separata.

Quanto alle accessioni, che, a differenza delle pertinenze, sono congiunte fisicamente colla cosa principale, in modo da costituirne una parte integrale, attalchè in questa unione perdono affatto la loro

(1). Loc. cit. pag. 485. A ragione soggiunge l'egregio scrittore che l' azione di rivendicazione di una università è consentita per motivi pratici, ed è rivolta a conseguire le singole cose, che costituiscono il tutto collettivo, tanto è vero che il possessore di un gregge, se viene convenuto, trattiene quelle pecore che gli appartengono, e restituisce soltanto le altre (in restitutionem non venient aliena capita). Fr. 2, D. de rei vind. (6. 1)

(2) Confr. Unger loc. cit. pag. 443. 2.

indipendenza, e il loro carattere individuale (per es. piante, frutti (1), alluvione, ecc.), vigono i principj svolti superiormente con riguardo alle parti di una cosa composta, che non costituiscono un corpo separato. Ne viene che sulle stesse non è possibile un possesso indipendente (2), pel motivo che il proprietario della cosa principale ha la proprietà del tutto, e conseguentemente anche della cosa accessoria. Eppertanto uno non può possedere il suolo, e l'altro l'edificio che si eleva sul medesimo, uno il suolo e l'altro gli alberi o i frutti congiunti organicamente collo stesso, uno la casa e l'altro i mattoni, e tocca via.

Dove non è possibile la proprietà non è possibile neppure il possesso.

In esito alla disamina sin qui praticata possiamo constatare la piena esattezza del concetto d' Ihering.

E, nel vero:

In tutto il corso della nostra investigazione la proprietà ci è stata sempre a fianco, e mai l'abbiamo perduta di vista.

Con altre parole ci siamo convinti che « *i confini della possibilità della proprietà sono in pari tempo anche quelli della possibilità del possesso; possesso e proprietà corrono perfettamente paralleli.* »

2.° *Nel diritto italiano.*

Il punto di vista del parallelismo fra proprietà e possesso può essere usufruttato anche nella legislazione italiana per la costruzione della teoria possessoria.

Abbandonando ad altri il cómpito di svolgere più abbondantemente

(1) Le piante e gli alberi, che mettono radice nel suolo, e i frutti che pendono ancora sugli alberi, sono parti integrali del suolo (fr. 44, de R. V. (b. 1.) « fructus pendentes pars fundi videntur ». Anche questi oggetti difettano di esistenza fisica singola, fino a che sono congiunti col suolo, e quindi, durante questa unione, non è possibile sugli stessi nè separata proprietà nè separato possesso. La vendita di frutti pendenti è una vendita di cose future, operativa soltanto al momento della separazione. Dicasi altrettanto della oppignorazione, e un diritto di pegno indipendente può sorgere soltanto e continuare sui frutti separati (fr. 15, pr. in quib. caus. (21. 1). Confr. § 457, CC. e Unger loc. cit. pag. 422 e 423, N. 16, 17.

(2) Unger loc. cit. pag. 433. 2.

questo pensiero, io mi limiterò a mettere in rilievo i punti più salienti.

Il codice italiano, sebbene modellato sul francese (1), presenta alcuni momenti luminosi, che sorreggono potentemente il superiore assunto.

Anzitutto non si può che approvare, che il codice italico, scostandosi dal suo modello, tratti del possesso in un apposito titolo (2), sebbene in coda della dottrina attinente alla proprietà e alle sue modificazioni, mentre il codice francese contempla soltanto il possesso qualificato per la usucapione nell'ultimo capitolo dedicato a questa materia.

Ciò non reca meraviglia in un codice, nel quale, come nota egregiamente Carabelli (3), la proprietà stessa non si conoscerebbe di qual natura fosse, se in un articolo non se le attribuisse l'azione vindicatoria, e nel quale i diritti reali in genere sono stati così maltrattati che non si sa per es. cosa sia il pegno, perchè lo si classifica nei privilegi; appunto questo che va fatto altresì al Cod. Ital.

Quanto al possesso il codice italiano, corrispondentemente al francese, lo definisce bensì quale detenzione di una cosa coll'animo di tenerla come propria (art. 685, 686) (4). Il pensiero preaccennato

(1) Il diritto inglese, come nota Randa, non conosce un possesso (possessio) nel senso del diritto romano, e delle moderne legislazioni continentali. Rispetto ai mobili ammette soltanto la proprietà, rispetto agli immobili si è formata una particolare figura giuridica: estate (stato di possesso), che ha varie gradazioni e molta analogia colla possessione tedesca (Gewere). I mezzi protettorii di questo rapporto sono essenzialmente petitorii.

(2) Lib. II. Tit. V, art. 685-709.

(3) Diritto ipotecario I. Introduzione, pag. 50.

(4) Se in aggiunta all'animo il possesso è continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco, esso viene dichiarato legittimo, mentre per l'art. 701 è di buona fede se si possiede come *proprietario* in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del qual titolo *s'ignorino i vizi*. Questa ultima disposizione elimina l'antitesi apparente che di primo lancio si potrebbe scorgere fra il codice italiano e l'austriaco per ciò che concerne la legittimità e la buona fede. L'ignoranza dei vizj del titolo dimostra come anche pel codice italico la buona o mala fede sia un elemento intenzionale, e se nell'art. 686 è cenno dell'animo di possedere, rispetto al possesso legittimo, ciò avviene pel motivo che anche questo codice ha preponderantemente riguardo alla usucapione, e quindi sotto possesso legittimo intende senza dubbio quello qualificato per la usucapione, come risulta dall'art. 2106, e dal confronto colla disposizione dell'art. 2229 del Cod. civil. francese.

non è però estraneo alla legislazione italiana, tanto è vero che l'articolo 690 dispone che « il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà non ha effetto giuridico » e delinea per tal modo il parallelismo da noi propugnato. Oltracciò chi smarrisce una cosa non perde per ciò il possesso, come non lo perde neppure se ne viene derubato, ma può ripeterla da quello presso cui la trova (art. 702). Da ciò ne consegue che anche il codice italico decampa in questo caso dalla detenzione (confr. § 352 C.C.) colla limitazione dell'art. 709, che s'inspira al principio ritenuto nel § 367 C.C.

Ricorderò ancora le disposizioni dell'art. 687 (primo capoverso) e dell'art. 707. In particolarità il primo (cui corrisponde l'art. 2230 del Code Civil) designa nettamente il possesso quale *estremità* o visibilità della proprietà nell'atto che dispone:

« Si presume sempre che ciascuno possieda per sè stesso e a titolo di proprietà quando non si provi che abbia cominciato a possedere in nome altrui. »

Osserverò da ultimo che l'art. 701 dispone che il possessore di buona fede possiede come proprietario.

Per tutto ciò, a stabilire il concetto possessorio, potrebbesi avere riguardo, anche nel diritto italico, alla relazione del possesso colla proprietà, al parallelismo che intercede fra questa e quello.

3.° *Distinzione del possesso in estremità della proprietà e in estremità del diritto.*

Tanto pel diritto austriaco, che per l'italico, che si uniforma al francese, il possesso può essere di due specie: possesso sulle cose e possesso di diritto, a seconda della diversità dell'oggetto. Il § 309 si riferisce al primo, e il § 311 contempla anche il possesso di cose incorporali, e quindi di diritti, mentre il codice italico nell'art. 685, e il francese nell'art. 2228 enunciano un concetto comune (1).

(1) « Il possesso è la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto che uno ha per sè stesso o per mezzo di un altro il quale detenga la cosa o eserciti il diritto in nome di lui » (art. 685). « La possession est la détention ou la jouissance d'une chose, ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous même ou par un autre, qui la tient ou qui l'exerce en notre nom » (art. 2228). Conf. § 312, ultimo inciso del codice austriaco.

Possesso sulle cose e possesso di diritto si presentano quindi nelle suddette legislazioni (cui va aggiunta altresì la prussiana) (1) come sottospecie di una nozione comune più eminente, il primo, come osserva Ihering, è la estremità della *proprietà*, il secondo di ogni altro diritto, che ammette un esercizio durevole e visibile. Per tal modo si guadagna il più elevato concetto del possesso, che viene ad essere la « *estremità del diritto* », rispetto alla quale vigono tutti i riflessi svolti superiormente intorno alla capacità del soggetto e dell'oggetto (2).

II.

LA VISIBILITA' DEL POSSESSORE NELL'ACQUISTO E NELLA PERDITA DEL POSSESSO.

1.° *Possesso sulle cose.*

Prendiamo ora in più attenta disamina il possesso sulle cose, con riguardo ai due poli estremi della sua esistenza (acquisto e perdita), in riserva di ritornare sul possesso di diritto (quasi possesso).

Lo estremo della *visibilità* è anche pel diritto austriaco di sommo rilievo nell'acquisto e nella perdita del possesso.

Anche qui il proprietario della cosa deve essere visibile.

Anche qui vige il principio romano: « *omnia ut dominum fecisse oportet.* »

Epperò il § 312 prescrive: « Le cose corporali mobili si prendono in possesso col prenderle materialmente, col trasporto e colla custodia, le immobili coll'introdurvisi, col fissare i termini, col piantar siepi all'intorno, coll'apporvi dei segni e colla coltura. »

È erroneo quindi far dipendere lo acquisto del possesso dal solo atto di apprensione, tanto più che i modi indicati nel § 312, e rivolti a rendere visibile il rapporto del possessore colla cosa, non sono enunciati tassativamente, ma soltanto in via di esempio.

(1) § 78 seg. conf. col § 1 seg. I 7 del Codice Prussiano. Dernburg, Manuale, pag. 322.

(2) Anche a Randa non isfugge questo parallelismo nell'atto che osserva: « Dove in generale non è possibile un diritto, è esclusa altresì la possibilità di un possesso di diritto. » (pag. 235).

Di fatto, come abbiamo veduto in precedenza, il possesso si acquista anche mediante tradizione simbolica (§ 427), e quindi mediante consegna delle chiavi io acquisto il possesso del fondaco, o del magazzino di mode da me comperato.

Anche pel diritto austriaco va citato il caso degli animali sostituiti dall'usufruttuario (fr. 69 de ususfr. 7. 1 : « substituta statim domini fiunt. » Conf. Art. 513. C. I. secondo capoverso, e 616 del Code Civil).

Io non esito poi ad ammettere pel diritto austriaco l'altro assunto d'Ihering, che il possesso si acquista, non solo senza apprensione, ma anche in assenza del possessore, purchè la sua volontà sia rivolta all'acquisto, e quindi ritengo, che io acquisto il possesso dei libri ordinati al libraio, e deposti nella mia abitazione, il mazzolino di camelie, commesso alla fioraia, e lasciato nella mia stanza mentre io ero assente (« in mea domo deponere — inferantur in domum ejus ») (1).

Se non che neppure nei casi in cui il possesso si acquista mediante apprensione, si deve assoggettare incondizionatamente questo atto al punto di vista del « dominio fisico », come fa Randa, che si uniforma a Savigny, ma è decisiva invece la *constatazione di fatto della intenzione proprietaria*, vale a dire la collocazione della cosa in una posizione, che corrisponde esternamente alla proprietà, se è atta a palesare il preaccennato intendimento. Questa constatazione si opera d'ordinario per le cose mobili mediante detenzione corporale (2), di cui l'apprensione è soltanto il primo momento. Anche il codice austriaco, oltre all'apprensione, annovera il trasporto e la custodia per le cose mobili, mentre per le immobili la constatazione della surriferita intenzione si opera in prima linea mediante coltivazione del fondo, o in uno degli altri modi preindicati.

(1) Fr. 18, § 2 de poss. (41. 2); fr. 9, § 3, de J. D. (23. 3). Quanto prescrivono questi frammenti non va limitato alla sola casa, ma esteso anche alle pertinenze, corte, giardino, ecc.

(2) Per es. gli orologi, gli oggetti di valore, i vestiti, devono essere custoditi per essere posseduti, mentre invece sono delle cose mobili sulle quali è possibile il possesso senza la custodia, per es. i covoni di fieno o i mucchi di grano lasciati sul campo dopo la mietitura senz'alcuna sorveglianza. Quì si ha il possesso senza la detenzione. Tra cosa e cosa ci corre nei rapporti possessorii.

« I miei vicini, per ripetere le parole d'Ihering, vedono che io semino, aro, raccolgo, e riconoscono da questi atti che io sono il proprietario — questa è la vera esteriorità della proprietà, che, come lo constata la esperienza, accompagna, nel maggior numero dei casi, la vera proprietà. »

Il codice austriaco enuncia poi espressamente il principio, che l'assenza del possessore non toglie il possesso già acquistato, come non lo toglie neppure la incapacità sopravvenuta (§ 352 secondo inciso), disposizione che dimostra a cosa si riducano i due requisiti dell'animo e del corpo.

Il principio che il possesso dura anche in assenza del possessore dimostra come al diritto austriaco non si attagli il concetto di Savigny, adottato anche da Randa, vale a dire la possibilità di riprodurre lo stato originario.

Io intrapreudo un viaggio in Oriente, e ai piedi dell'Acropoli, fra le rovine maestose di Atene, conservo il possesso delle cose lasciate nella mia abitazione a Vienna, sebbene mi manchi affatto la possibilità di riprodurre lo stato originario, nella stessa guisa che resta inalterato durante lo inverno il possesso sui mobili restati nella villeggiatura estiva, situata forse a varie miglia di distanza dalla città in cui risiede il possessore.

Gli è naturale però che l'assenza non va confusa coll'abbandono e colla trascuranza.

Io reputo che il § 352, combinato col § 387, e più particolarmente col § 1475, abbia in vista un'assenza temporanea, e che se il proprietario, o mediante prolungata assenza, o in altro modo, trascura il fondo senza provvedere alla sua cultura, egli si esponga alla perdita del possesso. Anche qui ritengo applicabile al diritto austriaco il principio d'Ihering, che la diligenza del proprietario è un requisito indispensabile per la conservazione del possesso.

Anzi, con riguardo alle disposizioni contenute nell'ultimo dei citati paragrafi, si può enunciare, senza tema di andare errati, anche pel diritto austriaco, la distinzione fra costante negligenza, e momentanea negligenza, corrispondentemente agli additamenti delle sorgenti, e distinguere quindi i casi, nei quali il proprietario deve subito avviare le pratiche necessarie per assicurarsi il possesso, e i casi nei quali il proprietario può soprassedere a tali pratiche, senza incorrere nella

taccia di negligenza, e sobbarcarsi al pericolo immediato di perdere il possesso.

Di fatto il § 1475, con riguardo alla usucapione, distingue fra assenza volontaria e non proveniente da colpa, nel qual caso il tempo si computa soltanto per metà, e per conseguenza un anno si calcola per sei mesi, e assenza proveniente da colpa, nel qual caso non ha luogo veruna eccezione riguardo al tempo ordinario della prescrizione. Ad ogni modo questa disposizione ne prova, che il proprietario, allontanandosi dalla cosa, corre rischio che un altro se ne impossessi, e che quindi l'assenza, anche non proveniente da colpa, se prolungata, può avere per esso l'effetto messo in risalto da Ihering, vale a dire la perdita del possesso a causa della sua *invisibilità*. Egli resta bensì proprietario, sino a che in una epoca più o meno lunga, a seconda della qualità della assenza, si matura la prescrizione a favore di un terzo, subentratogli nel possesso, ma non è più possessore dal momento che non è operoso e visibile in qualità di proprietario.

Questa decisione trova una ulteriore conferma nel § 349, combinato col § 352, pei quali il possesso delle cose corporali non va perduto sino a che esiste la speranza di ricuperarle. Sta nel proprietario di realizzare questa speranza mediante la sua operosità, praticando le opportune ricerche pel ricupero della cosa, colla celerità imposta dalle circostanze, o dalla natura dell'oggetto smarrito. Se in esito a queste pratiche egli ricupera la cosa, devesi ritenere ch'egli mai abbia perduto il possesso, e viceversa.

Nella legislazione austriaca troviamo in tre casi un'abbondante applicazione di questo principio, sebbene essi abbiano maggiore attinenza colla proprietà, ma ad ogni modo servono d'illustrazione alla dottrina che stiamo svolgendo, e alla stessa in parte s'informano.

1.° Nella teoria del ritrovamento di cose mobili (§ 388 seg.).

Taluno perde, per es., un anello di brillanti, e avvia incontanente, da diligente proprietario, le pratiche opportune per ritrovarlo. Se ciò gli riesce egli è sempre rimasto possessore. In caso diverso, o se per pigrizia, omette le opportune ricerche, egli perde il possesso, e nei casi del § 367 persino la proprietà.

Il ritrovatore poi, allo espiro del termine prescrizionale (3 o 6 anni §§ 1466 e 1472), non acquista per avventura la proprietà in

base alla usucapione, per difetto di una sua essenziale presupposizione (possesso *giusto*), e non l'acquista neppure in base alla occupazione, come ritiene erroneamente il codice austriaco (§ 392), attesa la mancanza di un requisito essenziale di questo modo di acquisto, che esige una cosa libero — stante (res nullius § 317, comb. col § 381), mentre qui la proprietà resta di regola allo smarritore, sebbene egli perda il possesso.

In quella vece il passaggio della proprietà nel ritrovatore, ritenuta la sussistenza delle altre presupposizioni, avviene per effetto del *silenzio*, della *inoperosità* del proprietario, e la perdita della proprietà si accoppia per tal modo a quella del possesso.

Questo modo di acquisto, proprio del diritto germanico (1), che involve una prescrizione *estintiva* cogli effetti dell'acquisitiva, e che quanto all'epoca corre parallelo alla usucapione dell'antico diritto romano (un anno e un giorno pel diritto germanico, un anno e rispettivamente due pel diritto romano) si riproduce più acutamente:

2.° Nella dottrina dell'avulsione (§ 412). Qui è mantenuto persino il termine del diritto germanico (2).

Se il precedente possessore lascia trascorrere un anno, senza esercitare il suo diritto di proprietà sulla considerevole parte di terreno, staccatasi dalla sua riva per impeto del fiume, e congiuntasi alla riva opposta, il proprietario della medesima acquista, e l'altro frontista perde la proprietà di quella parte, per effetto di *silenzio* e d'inazione, dopo di averne perduto il possesso, per essere stato invisibile in qualità di proprietario, per non aver realizzata la speranza, cui avvisa la legge (Arg. § 349 comb. col § 352).

3.° Il terzo caso in cui si perde la proprietà per effetto di *silenzio* e d'inazione si è il possesso tavolare, esistente a vantaggio di un

(1) Unger loc. cit. II, pag 278, seg.

(2) Questa disposizione di diritto germanico trasmigra nella legislazione francese, e poi nella italiana (art. 559 del Code Civil e art. 456 C. It.), che limitano altresì l'esercizio dell'azione a un *anno*. « Scorso questo termine (così dispone il secondo capoverso del citato articolo), la domanda non è più ammissibile, salvo che il proprietario del fondo, a cui si unì la parte staccata, non ne abbia ancora preso possesso. »

Da ciò ne consegue che non è estraneo neppure alle legislazioni latine il pensiero che la operosità, la *visibilità* del proprietario, è un requisito essenziale per la conservazione della proprietà, rispettivamente del possesso.

terzo senza contraddizione del proprietario, ma di questa importante materia mi riservo di trattare in una apposita sezione.

Gli esempj surriferiti bastano a provare il nostro assunto, che anche pel diritto austriaco la *visibilità* del proprietario è un requisito essenziale nella perdita e nello acquisto del possesso, non solo, ma essa influisce anche sul destino della proprietà.

2.° *Possesso di diritto.* (*Quasi possesso.*)

Anche qui si riproduce lo stesso lineamento, lo estremo della *visibilità.*

Stimo opportuno di sottoporre a una diligente disamina il quasi possesso (1), tanto più che il codice civile lo ha ammesso in assai larghe proporzioni, ed ha quindi, in questa direzione, dilatata la cerchia della protezione possessoria, compensando per tal modo il difetto di una congrua protezione contro ogni ingiusta sottrazione del possesso.

Anzi tutto giova osservare con Ihering, che se si perviene al *possesso*, partendo dal diritto, se il motivo pratico del primo risiede nel secondo, non solo apparisce pienamente concepibile la estensione del concetto possessorio a tutti i diritti, rispetto ai quali può essere parola di una estremità (o esteriorità), vale a dire ai quali corrisponde un durevole, *visibile* esercizio, ma questo fatto contiene per essi un'ultima necessaria evoluzione della loro conformazione giuridica.

In quella vece non si sa davvero comprendere come si possa pervenire a una simile estensione del concetto possessorio, movendo dal punto di vista del *dominio fisico sulla cosa,* che, come osserva argutamente il citato autore, converte il quasi possesso in una caricatura del possesso. Lo stesso Savigny § 1926 è obbligato a ricorrere alla nozione dell'esercizio del diritto, senza accorgersi che per tal modo egli sconfessa la sua teoria, ed ammette che il pensiero del dominio fisico sulla cosa non può intervenire quale fondamento della intera teoria possessoria, che esso non è un pensiero primario, non ha una importanza indipendente pel possesso, ma gli conviene soltanto la importanza secondaria di essere la forma nella quale, come

(1) Pel motivo anche che Ihering ne tratta soltanto incidentalmente, mentre accorda in prima linea la sua attenzione al possesso sulle cose, come ho rilevato nella prefazione.

nota il più citatò scrittore, si estrinseca il pensiero dello esercizio del diritto nella proprietà.

« Mentre per tal modo al pensiero del dominio fisico viene sostituito quello dello esercizio dei diritti, quale idea fondamentale del possesso, la operazione logica può condurre soltanto alla conseguenza di dover cercare nei diritti stessi l'ultimo motivo del possesso. Messa una volta su questa strada, essa perviene da sè a scoprire il movimento parallelo dei diritti, e del possesso, e da ultimo alla persuasione, che la protezione del possesso è un indispensabile completamento della piena protezione del *diritto.* »

« Epperò il pensiero svolto sin qui del parallelismo fra proprietà e possesso sulle cose, trova un riscontro e un appoggio nella estensione, compiutasi nel nostro diritto consuetudinario moderno (1), del quasi possesso a tutti i diritti, che ne sono suscettibili. Questo punto irradia della luce più luminosa tale rapporto, e ci rende possibile di formulare generalmente come esteriorità (estremità) dei diritti, a cui va connesso un durevole esercizio, l'idea del possesso, che sin qui, con riguardo al solo possesso sulle cose, abbiamo dovuto concepire quale esteriorità (estremità) del dominio. »

Constatiamo con soddisfazione che il codice austriaco si muove su questo terreno, e che l'orizzonte del quasi possesso non è limitato come nel diritto romano.

Il § 311 del codice civile designa affatto generalmente anche le « *cose incorporali* » come oggetto di possesso, e, al pari dei codici prussiano, francese ed italiano (2), abbandona saviamente alla teoria la soluzione del quisito quali diritti sieno suscettibili di possesso.

Con riguardo però alla disposizione del § 312 (secondo inciso), e del successivo § 313, noi non esitiamo punto ad adottare anche pel codice austriaco la massima, che tutti i diritti che ammettono un esercizio visibile e durevole possano essere oggetto di possesso. Per tal modo anche nella nostra legislazione il possesso diventa la estremità del diritto, la sua esteriorità (3).

(1) Sulle orme del diritto canonico, cui spetta, come vedremo in seguito, il merito di questa estensione.

(2) § 4, 5. I. 7. C. P. Art. 2228 Code Civil. Art. 685, C. I.

(3) Da questo punto di vista sarebbe forse giustificata la sua collocazione nella parte generale del sistema, e questo metodo viene praticato da Dernburg.

E, nel vero:

Il § 312, dopo aver tracciato nel primo inciso il modo con cui si acquista il possesso sulle cose, dispone nel secondo inciso: « Il possesso poi delle cose incorporali, o sia dei diritti, si acquista col farne uso in proprio nome. E il § 313 indica il modo con cui si verifica questo uso. Esso si verifica: « se alcuno esige da un altro una cosa come di obbligo e questi realmente gliela presta, se impiega in proprio vantaggio la cosa di un altro col di lui consenso; finalmente se proibisce ad un terzo ciò che costui avrebbe altrimenti diritto di fare », e quindi in tutti i casi in cui si esercita *visibilmente* un diritto, e questo esercizio corrisponde esternamente al medesimo.

Nell'atto poi che il § 311 limita anche il possesso di diritto alle cose che sono in commercio, conviene di necessità mantenerlo nella sfera del diritto patrimoniale, come osserva giustamente anche Randa (pag. 235 seg.).

Sono esclusi quindi dal possesso i così detti diritti delle persone (§ 15 CC.), vale a dire:

1.° I diritti delle persone in senso stretto (diritti di stato, diritti assoluti delle persone), che si riferiscono a qualità personali (§ 15). La legge cita quali diritti assoluti delle persone: *a*) i diritti scatenti dalla personalità (§ 16-20), quelli che derivano dalle qualità della età e del difetto della ragione (1) (§ 21-23), dalla assenza (§ 24-25), i diritti risultanti dal rapporto di persona morale (§ 26-27), dalla relazione di cittadinanza (28-38), dalla professione religiosa (§ 39). Se non che, come opina Unger (2), questi pretesi diritti personali non sono punto diritti privati, e già per questo motivo non possono essere oggetto di possesso.

Se non che sembrami ancora più opportuno di trattare del possesso in un altro nesso sistematico, scomponendolo, come la prescrizione, con riguardo alle diverse materie, e comprendendolo in coda di quei diritti che possono aspirare alla protezione possessoria.

(1) Sulla sconvenienza di questa espressione, riprovata dalla psichiatria, vedi il mio libro sull' Isterismo nei suoi rapporti colla follia e colla responsabilità. Vienna, Manz, Firenze e Torino, Löscher, 1869.

(2) Loc. cit. I, pag. 505 seg. Confr. Savigny. Sistema del diritto romano I, pag. 334. Ihering nella sua monografia « Effetti passivi del diritto, » comparsa di questi giorni nei suoi Annali (X. 3. 4), osserva invece che a torto si disputa al diritto della personalità la sua *esistenza* sistematica.

« La personalità è bensì, in via di massima, il presupposto di ogni diritto, l'elemento che s'infiltra ed è contenuto in ogni diritto privato. Essa non è però che la possibilità di avere diritti privati, ma egli non è un diritto privato l'essere capace di diritti, non è un diritto privato l'essere persona (1), come non è un diritto privato l'essere cittadino, ma la cittadinanza è soltanto uno stato, che ha importanza nei rapporti giuridici, una qualità pubblica, che produce effetti anche nella sfera del diritto privato. »

Unger applica la stessa osservazione alle qualità provenienti dal sesso, dalla età, dallo sparimento, dalla confessione religiosa, e soggiunge che tutti questi stati sono mere condizioni importanti sul terreno del privato diritto, che ingenerano conseguenze giuridiche, ma non possono essere collocati sulla stessa linea coi diritti privati concreti, coi diritti patrimoniali, che attribuiscono un dato dominio, una data facoltà, prescindendo affatto dalla stranezza che presenta per es. l'assunzione di diritti privati in dipendenza al difetto della ragione (paragrafi 23, 24).

2.° I diritti di famiglia, e quindi i diritti scatenti dal rapporto di famiglia (diritti relativi delle persone), per es. i diritti di padre, di figlio e di moglie. A questi diritti Savigny, e Unger, contraddetti da Randa (pag. 237, num. 5), vogliono applicati gli stessi principj. Il secondo dei citati autori osserva che fra i diritti assoluti delle persone (diritti di stato) e i diritti relativi (diritti di famiglia) intercede un perfetto parallelismo.

« Dai rapporti di famiglia non derivano diritti privati concreti che possano collocarsi nella stessa linea coi diritti patrimoniali. Quando un conjuge pretende fedeltà, soccorso, conveniente trattamento, quando il padre esige rispetto e obbedienza, o il figlio domanda di essere educato in modo conveniente, ecc., si verificano delle pretese morali, che non sono pretese di privato diritto. E così non è

(1) Come asserisce anche Stahl, Filosofia del diritto, II. Lib. 3. Il codice austriaco, nella sua tendenza dottrinaria, cerca di fare varie applicazioni di questi diritti (primitivi, originarii, innati § 16), ed adduce quale diritto innato anche l'occupazione (§ 317, 383); del resto, nota argutamente Unger, come si applichi questa innata libertà, e che essa non sia che una vana frase, lo dimostra la circostanza che tutto poi dipende dalla questione quali cose lo Stato dichiari per libero-stanti od occupabili. (Pag. 507, Nota 9.)

punto un diritto privato l'essere conjuge, padre, figlio, questi non sono che rapporti e stati, i quali poi influiscono sul diritto privato.

Epperò il § 1458 e il § 1481 CC. si riferiscono soltanto alle qualità di conjuge, padre, cittadino, che vengono dichiarate imprescrittibili nel senso ampio della parola. »

Anche io inclino per l'avviso che la contenenza dei rapporti famigliari è estranea alla cerchia del diritto (1), ma de lege lata stento ad accogliere tutte le conseguenze enunciate da Unger. E non attira nel codice austriaco la prosa del diritto nella sua cerchia persino la prestazione del debito conjugale! (§ 90 CC.)

I rapporti di famiglia, osserva Unger, costituiscono bensì il presupposto, il sostrato delle pretese, azioni o diritti veramente privati, in modo che conviene stabilire giuridicamente la loro fondazione o il loro scioglimento, e constatarne la esistenza mediante azioni pregiudiziali. Se non che egli stesso ammette poco stante che da questa

(1) Anche nel mondo romano predomina nella famiglia il momento etico e indietreggia il giuridico. « La famiglia romana, scrive Ihering, nella sua stupenda opera: « Spirito del diritto romano », è un terreno consacrato all'amore e alla moralità, e si sottrae al dominio delle morte regole del diritto. La vita intima della famiglia, secondo il concetto romano, si sviluppa da sè, e indipendentemente. La rigida prosa del diritto non invade la famiglia romana; la sua vita rigogliosa, i rapporti e le lotte, che sorgono nel suo seno, non sono punto regolate da norme di diritto. » La famiglia romana è di fatto un'oasi in mezzo alla severa e gigantesca produzione giuridica, che è uno dei punti salienti della attività quiritaria, e in mezzo alla turbulenta agitazione del foro e dei comizj.

Il cittadino romano, in particolarità nelle epoche primitive, nei suoi rapporti esterni s'inspira al diritto. Rigido e inflessibile nelle sue relazioni pubbliche, lo vediamo mite e pieghevole nei suoi rapporti famigliari. Tra le pareti domestiche egli depone il ferreo egoismo, che è stato elevato a Roma quasi a principio religioso, ed ha soffocato ogni movimento, ogni slancio simpatico pei bisogni e per le sofferenze altrui:

« Ut alii detur nihil interest mea. »

Queste parole sconfortanti stanno scritte, con lettere di bronzo, all'ingresso del mondo e del diritto romano, come quell'altre all'ingresso dello *Inferno* di Dante:

« Lasciate ogni speranza o voi che entrate. »

Vedi la rimarchevole monografia di Unger « Contratti a pro dei terzi » citata nella prefazione.

constatazione scendono le relative conseguenze giuridiche, per la cui preservazione stanno in pronto apposite azioni.

I diritti di famiglia ammettono però *un esercizio di fatto*, al quale Randa disputa il nome di possesso, nella considerazione che il § 311 non riconosce un possesso sopra diritti di famiglia. Questa argomentazione di Randa va altrimenti formulata. I diritti di famiglia non possono essere oggetto di possesso pel motivo che essi non sono diritti patrimoniali (1).

Per tal modo il possesso diventa anche per noi un oggetto fornito di valore patrimoniale. E qui non possiamo meglio motivare questo assunto che ripetendo le parole d'Ihering:

« Lo stesso interesse, che ha l'assediante d'impadronirsi della fortificazione avanzata, e l'assediato di difenderla, ha il non proprietario nello acquisto, e il proprietario nella conservazione del possesso. Nel possesso è spesso già decisa la sorte della proprietà, come nel possesso del documento quella delle carte al portatore. Chi perde il possesso perde nella maggior parte dei casi praticamente anche la proprietà, perde o acquista ciò che essa deve procurargli, la sicurezza del godimento. »

Eppertanto la perdita del possesso involve un danno patrimoniale, nella stessa guisa che il suo acquisto importa un vantaggio patrimoniale. Questa importanza patrimoniale svanisce nella teoria volitiva, propugnata anche da Randa, secondo la quale il possesso non ha altra importanza che quello di essere l'abitazione nella quale la vo-

(1) Il diritto canonico ammette invece possesso sopra diritti di famiglia (c. 8. 10, 13, 14. X, de rest. spol.) nell'atto che accorda la protezione possessoria ai diritti matrimoniali, e in generale a tutti i diritti che non si esauriscono se vengono esercitati una sol volta. Numerosi passaggi parlano di possessio, spoliare, restituere e possessorium con riguardo alle decime, e ai diritti parocchiali per es. il cit. c. 13. X, confr. col c. 3 e 8 X, de divort. c. 6 X, de adul. A ragione osserva Randa che le espressioni possessio e spoliare, per essere collocate nel titolo de restit. spol., vengono adoperate nel loro significato tecnico. D'altronde il cit. c. 13 contrappone espressamente il possessorium al petitorium. L'abbandono malizioso del conjuge senza sentenza di giudice viene trattato come spolium. E qui cade in acconcio di avvertire che l'actio spolii ha avuto nel diritto canonico il suo maggiore sviluppo. Ma ritorneremo su questo argomento anche nel testo, trattando della estensione della protezione accordata al quasi possesso nelle epoche di mezzo.

lontà pianta la sua residenza, come osserva argutamente Ihering. Ciò premesso anche noi opiniamo che l'esercizio di fatto dei diritti, o delle qualità contemplate dal § 1458, non abbia il carattere del possesso. Il più citato § suona:

« I diritti di conjuge, di padre, di figlio e altri diritti delle persone non sono oggetto di usucapione. A quelli però che esercitano di buona fede questi diritti giova l'ignoranza esente da colpa in quanto possono frattanto mantenervisi, e far uso dei loro supposti diritti » (Conf. § 1481).

Che questo § non abbia, in vista un vero possesso, e una vera protezione possessoria, risulta dalla considerazione che la buona fede, e la ignoranza esente da colpa, non sono elementi essenziali del concetto e della protezione possessoria (1).

Il codice italiano, con riguardo alla generale stilizzazione dell'articolo 685 (art. 2228 Code civil), non esclude la possibilità di un possesso sopra diritti di famiglia. In quella vece vari articoli del codice italico, che anche qui si uniforma al francese, parlano di possesso di stato nella materia dei diritti dei conjugi e dei figli (art. 118-121. 171-174) (2). Ciò non pertanto io ritengo che neppure la legislazione italiana, e la francese, attribuiscano alla parola « possesso di stato » (possession d'état) un significato tecnico, e che anche in queste due legislazioni il possesso sia circoscritto ai diritti patrimoniali (3).

Ora dobbiamo ventilare la questione quali diritti patrimoniali sieno suscettibili di possesso, prendendo in disamina i diritti sulle cose, i

(1) I commentatori austriaci vedono invece nel provvedimento del § 1458 una protezione possessoria, per es. Zeiller VI, pag. 200. Winiwarter II, pag. 32. Schuster, Comm. I, pag. 458. Unger invece nel sistema II, pag. 267, Nota 50 (non così nel progetto riveduto del codice sassone, pag. 91) Harum, Gerichtszeitung 1860, num. 36, e Randa propugnano il vero assunto.

(2) Confr. art. 196, 197. 320-323 del Code Civil. Anche il codice prussiano formula largamente il concetto del possesso (§ 4-5, I. 7). Se non che la collocazione del titolo 7 nel diritto patrimoniale accenna alla limitazione del possesso ai diritti patrimoniali. Vedi Randa, pag. 238 num. 6. (Confr. Dernburg, pagina 323).

(3) Tanto è ciò vero che la giurisprudenza francese non estende la protezione possessoria ai diritti di famiglia. La protezione de la possession d'état d'un époux légitime (art. 195) è un provvedimento provvisorio durante il processo. Vedi Randa, pag. 236 num. 6.

diritti creditorii, e il diritto ereditario. Noi comprenderemo nella seguente esposizione sotto numeri progressivi i diritti capaci di possesso, allo scopo di renderli più perspicui. Il diritto di proprietà resta naturalmente escluso dalla nostra investigazione, perchè lo abbiamo già compreso nella cerchia dei nostri studi, trattando del possesso sulle cose, che è appunto la estremità della proprietà, e costituisce il contrapposto del quasi possesso, che è la *estremità del diritto.*

Abbiamo ripetutamente avvertito che sono suscettibili di possesso soltanto quei diritti patrimoniali, che ammettono un esercizio visibile e durevole del loro contenuto, poco importando la possibilità della originaria riproduzione, elemento questo a cui attacca importanza anche Randa. (Pag. 240.)

Ihering dimostra irresistibilmente a quali assurde conseguenze metta capo questa teoria della possibilità di riprodurre lo stato originario, in precipuità ove la si applichi al quasi possesso. Essa conduce persino Puchta ad ammettere un possesso in « *abstracto.* » E qui a ragione esclama Ihering: « s'incomincia colla idea del possesso stabilita a priori, e si finisce col possesso esistente nella idea. »

Tra i diritti patrimoniali suscettibili di possesso vanno citate in prima linea:

1.° *Le servitù.*

Il codice austriaco lo riconosce espressamente in particolarità nei §§ 1469 e 1470, dai quali risulta che il possesso tavolare o fisico del diritto di servitù mette capo alla usucapione.

Tanto pel codice italico (art. 629) che pel francese (art. 690) è ammesso indubbiamente il possesso sopra servitù continue e apparenti, e taluni opinano, con riguardo al diritto francese, che anche le residue servitù, per lo meno le discontinue apparenti, sieno suscettibili di possesso, sebbene non sieno suscettibili di usucapione (1).

In quella vece è esclusa la possibilità del possesso del diritto di pegno.

Randa motiva questa esclusione nel riflesso che l'essenziale contenenza del diritto di pegno consiste nella facoltà di alienare la cosa impegnata, e cita il § 447. Se non che a torto. Questo estremo non è punto assunto nella nozione del diritto di pegno, ed erroneamente

(1) Randa, pag 14[illegible] Nota 13.

lo comprende anche Unger nella sua definizione (1). La distrazione del pegno è bensì lo effetto ordinario dell'oppignoramento, ma il creditore può ottenere anche altrimenti soddisfacimento del suo avere, e questo è il criterio essenziale del diritto di pegno, messo anche in rilievo dal § 447, che viene quindi mal a proposito citato da Unger e da Randa nelle loro deduzioni.

Si rifletta ai casi molteplici di pegno irregolare (2), che è una specie di cauzione prestata al creditore mediante cose rappresentabili, e per lo più mediante denari contanti (per es. le cauzioni dei notai e dei giornali, e più particolarmente le cauzioni dei pubblici funzionari, degli impiegati d'imprese commerciali e industriali, nonchè il vadio che si depone in occasione di una pubblica asta). In questi casi la volontà delle parti è rivolta a fondare una garanzia pignoratizia a favore di chi riceve la cauzione, e allo scioglimento del rapporto il creditore realizza le eventuali sue pretese mediante trattenuta, senza aver bisogno di ricorrere alla distrazione (3). Che anche pel codice austriaco il denaro, in questo ed altri incontri, possa essere oggetto di pegno, risulta indubbiamente dalla larga stilizzazione del § 448.

Il diritto di pegno poi, che si esaurisce con un solo atto, vale a dire col soddisfacimento del creditore, non consente un esercizio durevole, e diventa visibile soltanto al momento in cui si rende operativo (e anche questo non in tutti i casi), per cessare non appena ha adempiuto alla sua funzione giuridica ed economica, messa così maestrevolmente in rilievo da Carabelli nel suo eminente trattato. Il diritto di pegno guizza e si estingue come un lampo sull'orizzonte giuridico (4), e questo è il motivo per cui non è suscettibile di possesso.

(1) Loc. cit. I, 532, num. 81. Vedi invece Dernburg nel suo reputato lavoro sul pegno (I. vol. 1860, II. vol. 1864).

(2) Vedi l'eccellente monografia di Pfaff sul pignus irregulare. Vienna, Manz, 1868.

(3) Confr. Windscheid Pandette I, pag. 638, nota *a*.

(4) Secondo una dottrina recente svolta in particolarità da Bremer « Il diritto di pegno e gli oggetti pignoratizii » 1867, specialmente pag. 39 seg. l'oggetto del diritto di pegno non sarebbe una cosa, sulla quale esso, come ammette anche Vangerow (I, pag. 563. Ann. 2) « non accorda punto un dominio materiale », ma sibbene un diritto (di proprietà, di servitù, e tocca via), il

Questo riflesso non viene punto snervato dalla disposizione del § 1369, in cui è parola di « possesso del pegno », che noi interpretiamo, in onta alle disquisizioni di Randa (pag. 242), come detenzione della cosa pignorata nei casi del pegno a mano (1), tanto più che l'ultimo inciso del citato § suona testualmente: « I diritti e gli obblighi di chi dà e di chi riceve il pegno, *congiunti col possesso del pegno medesimo*, sono determinati nel capitolo sesto della seconda parte di questo codice. » La legge si riferisce adunque evidentemente al pegno a mano.

Per vedere ora quali altri diritti patrimoniali, oltre alle servitù, possano essere oggetto di possesso, secondo il diritto austriaco, stimo opportuno d'intraprendere una breve corsa storica, sulle orme di Bruns (2), e di Randa (pag. 244 seg.).

Nel diritto romano il possesso di diritto, con riguardo al suo oggetto, si limita alle servitù, alla superficie e alla enfiteusi. Se non che nell'antico diritto poche servitù erano protette da speciali interdetti, mentre la maggior parte delle stesse difettava di tale protezione (per es. tutte le servitù prediali negative, e la maggior parte delle affermative).

Soltanto la posteriore giurisprudenza ha astratto il concetto del possesso di diritto, quale esercizio di fatto di un diritto, e, con riguardo alla analogia del possesso sulle cose, lo ha addomandato quasi-possessio, senza però procedere, per ciò che concerne la protezione possessoria, a una esauriente applicazione pratica del concetto guadagnato.

quale non passa mai nel creditore pignoratizio, che ottiene soltanto un diritto sul diritto pignorato. Questa possibilità viene ammessa anche da Windscheid (loc. cit. pag. 662, num. 7), rispetto al pegno delle cose incorporali, mentre opina che il caso normale sia quello del pegno delle cose corporali, motivo per cui stima opportuno di mantenere il pegno nel quadro dei diritti reali, mentre secondo la teoria di Bremer, cui accede anche Pfaff, gli si dovrebbe assegnare un altro posto nel sistema, nel riflesso che l'oggetto immediato di un diritto reale può essere soltanto una cosa corporale. Questa nuova teoria si avolge del resto naturalmente dalla dottrina del suppegno (pignus pignori datum, oppignazione del diritto di pegno) e trova nella stessa un appoggio irresistibile. Vedi anche Sohm « Dottrina del subpignus. » 1864, specialmente pag. 33 seg.

(1) Confr. Unger II, pag. 268, Nota 55 e Stubenrauch III, pag. 701.

(2) Il diritto del possesso nel medio evo e nelle epoche attuali. Tubinga, 1848.

Questa lacuna fu riempiuta dal diritto canonico. Già ai tempi di Giustiniano la Chiesa, nella sua sfera giuridica, iniziò questo movimento.

Estranea alla vita nazionale del popolo, riflessiva e dedita alle astrazioni, più che ogni altra legislazione, la legislazione ecclesiastica applicò poco a poco, e conseguentemente, il concetto del possesso di diritto a tutti i rapporti che non lo escludevano logicamente.

Così vediamo sorgere una quasi-possessio sopra una quantità di diritti, persino sugli uffici e sulle cariche ecclesiastiche (1) sui benefizi e sulle prebende (2), sul diritto di coprire i posti (3), quindi sul patronato, sulle regalie, sui pesi reali, particolarmente sulle decime, e da ultimo sui reciprochi diritti dei conjugi, come abbiamo veduto in precedenza (nota 1, pag. 201) (4).

Sul terreno del diritto canonico, che ha oltrepassato in questa materia i confini tracciati dal diritto romano, sta non solo la dottrina del secolo XII e XIII (l'epoca delle decretali), ma in questo senso fu concepito il diritto della Chiesa dalla teoria e prassi dei secoli successivi, tanto nel mondo romano, che nel germanico. Non solo rispetto ai diritti matrimoniali, ma anche rispetto ai crediti fu adottata, in via di principio, la possibilità del possesso, e soltanto erane controversa la estensione.

Sulla base del diritto romano e canonico si svolsero la teoria e la prassi del diritto profano medio-evale in Italia, in Francia, e in Germania, e la protezione possessoria assunse quella estensione e quell'aspetto, che le erano stati dati nella teoria e prassi canonica. Per tal modo fu dilatata la cerchia della protezione del quasi possesso, in precipuità in Germania, e anche nei paesi ereditari tedeschi dell'Austria.

Pel codice vigente, oltre alle servitù, sono indubbiamente oggetto di possesso:

2.° *I pesi reali* (5), o diritti radicati sul suolo, dappoichè sol-

(1) C. 30 X, de test., c. 37 X, de offic. jud. del., c. 4 X, de appell., c. 22 X, de rescriptis, c. 6 X, de conf., c. 8 X, de const.

(2) C. 10 X, de conces. praeb., c. 31, de praeb. in VI, c. 7 X, de rest. spol.

(3) C. 15 X, de judiciis., c. 24 X, de elect., c. 5 X, cons. poss.

(4) Vedi anche Dernburg, Manuale, pag. 522.

(5) È merito di Unger di avere pel primo svolto scientificamente pel diritto

tanto a questi possa riferirsi la designazione « altri speciali diritti esercitati sul fondo altrui » (§ 1469 comb. coi §§ 1470 e 1471).

Il possesso del superficiario, dell'enfiteuta e del conduttore perpetuo dovrebbe essere riguardato, secondo la legislazione austriaca, che parte dallo erroneo concetto della proprietà divisa, quale possesso sulle cose. Randa (pag. 244, nota 17) sostiene a ragione il contrario, ma in questo caso i §§ 1469 e 1470 devono di necessità riferirsi anche a questi diritti se si vuol trattarli come jura in re aliena, conformemente alla giusta dottrina. Randa opina però che rispetto all'acquisto e alla perdita del possesso di questi diritti si deve ricorrere analogamente ai principj che vigono pel possesso sulle cose.

Allato delle servitù e degli altri jura in re aliena surriferiti, e dei pesi reali, si adagiano nel diritto austriaco quali oggetti possibili di quasi possesso:

3.° *Alcuni diritti creditori*, vale a dire quelli che consentono un esercizio visibile e durevole del loro contenuto, mentre non lo sono quelli che si esauriscono quando vengono esercitati una sol volta.

Unger nega la possibilità del possesso di tali diritti (2), nel riflesso che essi non ammettono un continuato esercizio della loro contenenza senza estinguere il diritto, dappoichè il completo esercizio del credito lo esaurisca.

Randa distingue invece opportunamente (pag. 257) fra diritti obbligatorii, che si estinguono se vengono esercitati una sol volta (per es. i diritti scatenti dal mutuo, dal contratto di compravendita, di permuta), e quelli che permettono un ripetuto esercizio del loro contenuto, senza che si estingua il credito (per es. i diritti di godimento provenienti dal contratto di locazione-conduzione, e dal commodato). Per questi ultimi ammette anch'egli la possibilità del possesso, con riguardo alla larga formulazione del § 311 (2). Di fatto anche la

austriaco il concetto dei pesi reali, I, pag. 553 seg. ch'egli considera però quali diritti anomali, che nella loro totalità sono diritti reali, mentre l'obbligo alle singole prestazioni è una obbligazione personale. Randa li considera invece quali rapporti obbligatorii condizionati dal possesso del fondo vincolato (obligat. e variis causarum figuris). Pag. 254, Nota 37.

(1) I, pag. 546.

(2) Pel diritto prussiano vedi Dernburg loc. cit., pag. 515, e gli autori citati da Randa, pag. 307, Nota 46.

pratica austriaca e la francese accordano la protezione possessoria al rapporto scatente dalla locazione-conduzione (1).

Consento da ultimo con Unger (2), al quale si uniforma Randa, che il diritto ereditario, considerato quale rappresentazione della personalità patrimoniale dello ereditando, non può essere oggetto di possesso, sibbene la eredità, le singole cose che vi appartengono.

Per tutto ciò possono essere oggetto di quasi-possessio; le servitù, i pesi reali, i diritti di superficie, di enfiteusi, e di locazione-conduzione perpetua, considerati quali jura in re aliena, nonchè i diritti obbligatorii, che consentono un esercizio visibile e durevole, mentre non sono suscettibili di quasi possesso il diritto di pegno e il diritto ereditario.

Lo acquisto e la perdita del possesso richiamano però ad alcune osservazioni importanti, attinenti alla diversità del diritto, che ne costituisce l'oggetto.

Con riguardo al § 313 qui si possono distinguere tre gruppi principali di diritti:

a) *Diritti che consistono nell' uso e godimento di una cosa altrui* (§ 313, *secondo inciso*).

Quale prototipo di questi diritti debbonsi annoverare, oltre ai diritti di superficie, di enfiteusi, e di locazione-conduzione perpetua, le servitù affermative (positive), che accordano appunto una certa facoltà di godimento, per es. di passaggio e di pascolo (S. quae in patiendo consistunt).

Praticamente importante anche pel diritto austriaco si è la distinzione dei diritti, marcata nelle legislazioni italiana e francese, in continui (ininterrotti), che presuppongono uno stato durevole (per es. le servitù per le quali è necessario un apparato) (3), e in discontinui

(1) Randa, pag. 265, Nota 51, e le decisioni supreme da esso citate del 17 agosto 1858, num. 9299, G. Z. 1860, num. 51 e n° 608 e 970 nella Collezione II, di Unger e Glaser, e le altre che ammettono in via di principio la possibilità del possesso di un diritto creditorio.

(2) I, pag. 535. II, pag. 370, nota 58 e segnatamente VI, § 2, note 7-9

(3) A questa categoria appartengono anche le servitù negative di cui ci occuperemo in seguito.

(interrotti), che consistono in certi atti di godimento temporaneamente interrotti (1).

Consento con Randa, la cui esposizione mi serve di guida, che questa distinzione è ben più importante pel diritto odierno dell'altra fra servitù personali e reali, che soggiacciono, per ciò concerne lo acquisto e la perdita del possesso, agli stessi principj, mentre la distinzione fra servitù urbane e rurali ha preponderantemente un interesse storico, ed è sfornita di pratica importanza anche pel diritto austriaco (§ 475-477).

Quanto all'acquisto del possesso delle servitù affermative il § 313, in piena corrispondenza colla massima generale stanziata nel § 312, dispone: « L'uso di un diritto si verifica... se taluno impiega in proprio vantaggio la cosa di un altro col di lui consenso. »

Eppertanto il possesso delle servitù personali, in precipuità dell'usufrutto (ususfructus § 509), e dell'uso (usus § 504) si acquista col godimento della cosa aliena, corrispondente, come osserva Randa, alla contenenza del diritto.

Questa corrispondenza è appunto lo elemento visibile, che fa apparire l'utente come investito della facoltà da lui esercitata; essa è la estremità del relativo diritto.

Il possesso dell'usufrutto si acquista quindi mediante visibile esclusivo godimento, il possesso dell'uso mediante godimento limitato al bisogno personale (2) dello avente diritto, e finalmente il possesso

(1) Il Codice italiano definisce all'art. 617 le servitù continue e le discontinue come appresso:

« Continue sono quelle, il cui esercizio è o può essere continuo, senza che sia necessario un fatto attuale dell'uomo: tali sono gli acquedotti, gli stillicidi, i prospetti ed altri simili. »

« Discontinue sono quelle che richiedono un fatto attuale dell'uomo per essere esercitate: tali sono quelle di passare, di attinger acqua, di condurre le bestie al pascolo e simili. » (Conf. Art. 688 Code C.). Vedi Randa, pag. 300. n.° 6. Quanto alle servitù apparenti e non apparenti vedi il successivo art. 618 C. I. e 689 Code C.

(2) Nel diritto austriaco non sussiste la limitazione del diritto romano, sendochè l'usus non sia circoscritto all'*uti*, ma comprenda anche il *frui*, sebbene sia ristretto al bisogno personale dell'utente. Queste due servitù si dispajano quindi più presto nella loro estensione, che per la loro contenenza. Confr. Unger I, pag. 611, nota 21.

La servitù di abitazione è pel diritto austriaco ora usus, ora ususfructus

delle servitù reali affermative mediante ogni godimento di un fondo a vantaggio di un altro, corrispondente alla contenenza della relativa servitù.

Anche qui la corrispondenza accenna al fatto da noi tante volte accentuato, vale a dire il soggetto esercente la servitù viene a trovarsi in una posizione esterna, che corre parallela al relativo diritto, e ne costituisce la estremità.

A ragione Randa decampa dal requisito dell'apprensione, ed esige in quella vece il godimento, vale a dire l'esercizio della contenenza del diritto, ed osserva che se ad uno viene legato l'usufrutto di un fondo egli non ne acquista il possesso facendovisi introdurre (§ 312), ma appena mediante il godimento (§ 313). Con altre parole, egli acquista il possesso del fondo, concessogli in usufrutto, quando si rende visibile in qualità di usufruttuario, ed esercita la facoltà inerente a tale diritto.

L'assunto di Randa però apre una larga breccia alla teoria del dominio fisico, e indarno egli si affaccenda di restringerne le conseguenze al solo possesso di diritto, con esclusione del possesso sulle cose. Quella breccia schiude il varco alla fortezza, e non fa più mestieri sprigionare dall'arsenale i cannoni di grosso calibro, adoperati da Ihering, per obbligarla alla resa.

Ci conviene ora esaminare più davvicino il contenuto delle ordinarie servitù reali, appartenenti a questo gruppo, e l'atto di esercizio necessario all'acquisto del loro possesso, con riguardo alla superiore distinzione dei diritti in continui e discontinui, della quale abbiamo messa in risalto la importanza anche pel diritto austriaco. Colla scorta di questo criterio vediamo:

aa) Che il contenuto di alcune servitù di questo gruppo consiste in un certo apparecchio sul fondo altrui, destinato al vantaggio durevole della cosa dominante, e queste sono appunto le servitù continue, per es. la servitus tigni immittendi, oneris ferendi (paragrafo 175, 1, 2,):

bb) E che alcune altre invece abilitano a singole azioni sul fondo altrui, che si succedono in una certa distanza di tempo, e queste

(§ 52). Possono però essere costituite anche altre servitù personali, e persino servitù reali essere concedute personalmente, come argomenta anche Randa (pag. 507, nota 7) dal § 479 CC.

sono appunto le servitù discontinue, per es. le servitù di passaggio (§ 477).

ad *aa*) Il possesso delle servitù della prima categoria si acquista non appena è eretto il relativo apparecchio sul fondo altrui, e quindi colla introduzione della trave nella parete aliena, col completamento del tetto sporgente sul fondo altrui, ecc. Semplici preparativi, per es. l'apertura del buco destinato alla introduzione della trave, non bastano per lo acquisto del possesso.

Qui, come opina anche Randa, si esige l'effettivo uso del diritto e non basta la mera possibilità. Occorre poi appena avvertire che la servitù si acquista mediante acquisto del fondo dominante.

ad *bb*) Il possesso delle servitù della seconda categoria viene acquistato nell'atto che s'intraprende una volta quell'azione (godimento della cosa altrui) alla quale abilita la relativa servitù, e quindi nell'atto che si esercita visibilmente il relativo diritto.

Anche qui, come osserva Randa, non basta la semplice possibilità dell'azione.

Alla seconda categoria appartengono anche le servitù, che esigono bensì pel loro esercizio un certo apparecchio sul fondo altrui, ma la cui vera contenenza consiste in certi atti, che deve intraprendere chi esercita la servitù, mentre l'apparecchio è un semplice mezzo per la loro realizzazione, per es. la servitù di attinger acqua, che si esercita interrottamente, e che si acquista appena quando s'intraprende la relativa azione, poco importando se a questo effetto sia necessario un apparecchio o meno (1).

Non va d'altronde dimenticato che anche le servitù di passaggio esigono talvolta uno speciale apparato sul fondo alieno, per es. un lastricato, un selciato, senza cessare per ciò di essere servitù discontinue.

Il criterio caratteristico delle servitù continue sta adunque in ciò che colla erezione del relativo apparecchio si esaurisce il loro contenuto, per es., colla introduzione della trave nel buco, si acquista il possesso della relativa servitù (tigni immittendi), e esso continua sino a che l'apparecchio rimane sul fondo altrui.

(1) Vedi art. 617, 667 C. I. art. 688 e 707 Code C. fr. 1 § 22 « *Uti hoc anno aquam duxisti* » confr. § 29 eod.

Randa ventila il quesito, avanzato da altri, se per lo acquisto delle servitù appartenenti a questo gruppo, sia necessario che il proprietario della cosa abbia, o meno, contezza del loro esercizio.

I commentatori austriaci non se ne occupano di proposito, ma, come osserva il citato autore, risulta dalle loro deduzioni ch' essi propendono per l'affermativa (1), e il tenore del § 313 (secondo inciso) sembra appoggiarla, là quando accenna allo impiego della cosa di un altro col di lui *consenso*.

Sarebbe però erroneo, come avverte giustamente lo stesso autore, attribuire a queste parole del legislatore il senso che lo esercizio del diritto sopra una cosa non possa costituirne il possesso senza l'assenso del proprietario.

Questa interpretazione urterebbe non solo contro il concetto del possesso, ma anche contro altre disposizioni della legge (§ 345, 1464) dalle quali risulta che si può acquistare il possesso senza l'assenso, anzi persino contro la volontà del possessore.

Epperò devesi ritenere con Randa che la legge, adoperando quelle parole, abbia avuto in vista il caso ordinario, nel quale il possesso del diritto si acquista colla volontà del proprietario, in base a un affare giuridico con esso conchiuso, e che ha per iscopo la costituzione della relativa servitù, o in base a una disposizione di ultima volontà.

In quelle parole noi troviamo poi la conferma del nostro assunto, che il possesso di una servitù colla volontà del proprietario è lo stato normale, la facilitazione della prova, che accorda il possesso, ridonda quindi a vantaggio del vero avente diritto, o in altri termini: *il quasi possesso è la estremità del diritto.*

Occorre appena avvertire che soltanto il primo atto, con cui viene esercitata la servitù, e si rende visibile quello che vi appetisce, involve una tentativa di turbato possesso contro il proprietario non assenziente, rispettivamente contro il possessore della cosa. Gli ulteriori atti di esercizio appariscono soltanto come una continuazione del quasi possesso già acquisito, che dà diritto alla protezione possessoria.

La conseguenza pratica di questo stato di cose si è che se il pro-

(1) Confr. Zeiller II, pag. 46. Nippel III, pag. 67. Winiwarter II, pag. 41. Stubenrauch I, pag. 637.

prietario non promuove la petizione, in dipendenza a quel primo atto, si espone al pericolo di essere licenziato se il convenuto accampa la eccezione, ch'egli si trova già in possesso del diritto limitativo la proprietà.

b) *Diritti che hanno per iscopo la inazione di un altro* (§ 313 *terzo inciso*).

A questo gruppo appartengono le servitù negative, che accordano alla persona autorizzata un diritto alla inalterata condizione del fondo serviente, e accordano quindi una facoltà proibitiva (§ 476. Servitutes quae in non faciendo, prohibendo consistunt), per es. le servitù della luce, del prospetto, che però possono presentarsi anche in forma affermativa (confr. § 475. 3 comb. col § 488) (1).

La contenenza delle servitù reali negative consiste adunque nella pretesa che sia mantenuto inalterato un certo stato del fondo serviente a vantaggio di un altro.

Una conseguenza necessaria di questo diritto si è che ogni possessore del fondo serviente è obbligato ad omettere quelle azioni, che potrebbero alterare il suddetto stato.

A questo obbligo corrisponde il diritto di chi è investito della servitù di proibire simili azioni.

Epperò, come asserisce Randa, questo diritto di proibizione non costituisce la contenenza della servitù, sibbene il diritto a un certo stato inalterato della cosa aliena.

Se si applica alle servitù negative il principio generale che il possesso di diritto viene acquistato « mediante esercizio del loro contenuto in proprio nome » (§ 312 secondo inciso), non si tarda guari a scorgere, che per lo acquisto del possesso di tali servitù è necessario che quello stato inalterato della cosa serviente apparisca quale una conseguenza della volontà, manifestata dal proprietario del fondo dominante.

(1) Vedi art. 629 e 630 C. I. cui corrispondono gli articoli 690 e 691 Code C. Confr. codice prussiano § 81, 86, I. 7. Dernburg, con riguardo al diritto prussiano, distingue anche tre specie di quasi possesso: il possesso di un diritto affermativo (e qui egli cita i pesi reali) il possesso di un diritto negativo (per es. di una servitù urbana) e il possesso di un diritto di proibizione. La sua ripartizione è affatto diversa dalla nostra. Manuale, pag. 314 seg.

Per tal modo si esercita visibilmente la servitù, e si rende perspicuo quello stato esterno, che corrisponde alla facoltà, che costituisce il contenuto del diritto.

La volontà di esercitare tale contenuto può estrinsecarsi nei seguenti modi:

aa) In forma di un divieto unilaterale. Questo caso è regolato dal § 313 (terzo inciso). « Si verifica l'uso di un diritto... quando taluno si astiene per proibizione di un terzo da ciò che altrimenti avrebbe diritto di fare. » (Confr. § 1459 e 1482.)

bb) Nello impedimento opposto al tentativo di un'azione contraria.

In amendue i casi si presuppone quindi che sieno state intraprese cotali azioni, o sia stato fatto il conato d'intraprenderle, come spicca pel § 1459.

Del secondo caso tratta il codice espressamente soltanto nel capitolo della prescrizione, però con richiamo al § 313, nel quale adunque la parola « proibizione » va presa in senso lato, come opina anche Randa.

Il § 1459 (secondo inciso), che si richiama al § 313, suona come appresso:

« Se però alcuno *proibisce* ad un altro lo esercizio di questi diritti (vale a dire dei jura merae facultatis) (1), o ne lo *impedisce*, il

(1) Unger I, pag. 496 seg. sferza giustamente il malvezzo di considerare quali diritti privati anche questi atti di mero arbitrio. È assurdo di fatto parlare di un diritto di camminare, di andare in carrozza, di cavalcare, di mutar l'abitazione, di comperare merci quà e là, di portare una spada, di erigere un testamento, di passare a matrimonio, e via discorrendo. Tutte queste azioni, a detta del citato autore, non sono altro che libere estrinsecazioni o manifestazioni della personalità, tanto è vero ch'esse sono garantite nel diritto romano dall'actio injuriarum, che serve a proteggere la personalità dell'offeso (fr. 11 § 9, fr. 15, § 5.7. fr. 18 pr. § 53. fr. 23. 24 de injur (47. 10), fr. 25 de action. emt. et vend. (19. 1).

« Se si volesse concepire come un diritto concreto ogni azione, che è lecito all'uomo d'intraprendere, sorgerebbe la necessità di annoverare una serie infinita di facoltà, che non offrirebbero del resto alcun interesse pratico. »

Questo abuso che vien fatto colla nozione del diritto privato è, come soggiunge l'egregio scrittore, un rimasuglio delle antiche vedute di diritto naturale, il cui sistema era del tutto assiso sul concetto dei diritti soggettivi, e sul principio della libertà individuale, donde una massa di facoltà astratte, delle quali si trova più di una traccia nel codice civile austriaco, che sin dal § 1 si fa

possesso del diritto di proibire da parte di uno contro la libertà dell'altro incomincia dal momento, in cui l'altro si è acquietato alla *proibizione* o all'*impedimento*, ed in questo modo, se concorrono tutti gli altri requisiti, ha luogo la prescrizione o l'usucapione (paragrafi 313 e 351). Confr. § 1482. CC.

cc) La volontà dello acquirente può inoltre venire a galla in un divieto giudiziario, emesso, sopra sua domanda, contro un tentativo dell'avversario.

Questo caso può di leggeri avverarsi se il possessore del fondo dominante ottiene, in base alla petizione di turbato possesso, prodotta a termini dei § 340-342, e del § 8 del procedimento sommarissimo, un divieto giudiziario provvisorio della prosecuzione dell'opera contro il vicino che ha cominciato a fabbricare, senza aver esperite le pratiche prescritte dal regolamento giudiziario (operis novi nuntiatio), semprechè il processo non venga continuato, o il convenuto si acquieti a tale interruzione, e semprechè l'attore non fosse già in possesso della servitù negativa (Confr. art. 698 e 699 C. I.).

dd) La volontà dello acquirente può anche manifestarsi in forma di un contratto stipulato col possessore del fondo serviente, e rivolto a costituire la servitù.

Questo assunto viene propugnato anche da Randa, il quale anche qui rende omaggio alla verità, e riconosce che per lo meno in questi casi il trasferimento del possesso si opera mediante reciproco accordo.

A ragione poi Ihering sostiene l'importanza di questo accordo anche in tutti gli altri casi di trasferimento del possesso (e della proprietà), ed osserva giustamente:

« A quanto manca a questo atto (presa di possesso del fondo) in linea di forza e di efficacia reale, vale a dire rispetto allo assoggettamento fisico della cosa, si supplisce mediante le circostanze giuridiche, che lo accompagnano, e sulle quali gravita tutta la energia

l'eco di quella opinione antiquata, in base alla quale può essere parola persino di un diritto di odorare, di sternutare, di sbadigliare, di portare l' occhialetto, di frequentare un caffè piuttosto che un altro, e tocca via, e alla cui ombra è sorto appunto il § 1459, che distingue altresì le azioni in actus (res) merae facultatis e non merae facultatis (Confr. § 16. 17 e 1479 CC.).

dell'atto, tanto è vero che se esse scompariscono tutto il resto si risolve in una *passeggiata.* »

E poco stante:

« Io vorrei sapere quale differenza esista pel compratore s'egli dichiara in giudizio, o dinanzi a un notaio e testimoni la sua intenzione di voler prendere possesso del fondo trasferitogli dal venditore, o si reca a questo effetto sul fondo per *vederlo*, atto questo che egli avrà già certamente consumato prima di procedere allo acquisto. »

Colla scorta di questo criterio, e degli altri svolti in precedenza, si risolve facilmente anche il caso in cui la servitù venga costituita mediante un atto di ultima volontà.

ee) Ai casi preaccennati va aggiunto quello in cui taluno ottenga un giudizio favorevole in esito all'actio confessoria, semprechè non fosse già stato prima in possesso della servitù.

Anche in questi casi la scienza o l'adesione del proprietario del fondo serviente non ha alcuna importanza per la questione se sia stato acquistato il possesso (1). Anche qui militano i superiori riflessi desunti dalla natura del possesso (§ 345 346 CC.). Del resto anche qui il caso normale si è l'acquisto della servitù colla volontà del proprietario.

c) *Diritti che consistono in una prestazione durevole* (§ 313 *primo inciso*).

Qui il contenuto del diritto consiste in prestazioni durevoli da una parte, che vengono accettate dall'altra.

(1) E quindi la servitù può essere acquistata anche mediante divieto fatto al detentore, o in seguito a un affare giuridico da esso stipulato. Anche a questo caso dovrebbesi applicare analogamente la osservazione di Randa (pagina 317, num. 19) che, in assenza di una più breve prescrizione, la petizione per turbativa di possesso, in dipendenza allo esercizio di una servitù, può essere promossa nel trentesimo anno dopo il primo atto di esercizio, se il possessore della cosa non ne ha avuto prima contezza, anormità questa alla quale si sottraggono varie legislazioni moderne (per es. la italiana e la francese) prefinendo per questa azione la epoca di un anno, senza riguardo alla scienza del possessore.

Il prototipo di questi diritti sono i pesi reali (1), che noi non prenderemo in più vicina contemplazione, pel motivo anche che rispetto ad essi si riproducono gli stessi lineamenti, per ciò che concerne lo acquisto del possesso; prestazione e ricevimento visibile e durevole dei servigi, o delle dazioni, che ne costituiscono il contenuto. Randa (§ 30, III P. 331 seg.) anche qui non si appaga, ed a ragione, della mera possibilità, mentre questa gli basta per la continuazione del quasi possesso, come vedremo ora che passiamo brevemente ad esaminare questa questione in una a quella della perdita del possesso dei surriferiti diritti. Randa anche qui si colloca sullo sdrucciolevole terreno della possibilità di riprodurre lo stato originario, ed esige per la continuazione del possesso i seguenti due momenti: *a*) che il diritto venga esercitato realmente almeno una volta; *b*) e la volontà di esercitare durevolmente il contenuto di un diritto, come tale.

« Sorto che sia una volta il possesso, esso deve continuare — se anche non è visibile esternamente — sino a che non cessi uno dei due momenti, che ne costituiscono il concetto: la possibilità di ripetere lo esercizio o la volontà possessoria » (pag. 342).

Egli si appoggia naturalmente al passaggio di Paolo: « nulla possessio amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum » contenuto nel fr. 8 de poss. (41. 2), e alla disposizione del § 351.

Uniformandosi a Savigny, anch'egli lascia durare allegramente il quasi possesso, nel riflesso che nulla si oppone alla possibilità della riproduzione dello stato originario, vale a dire della ripetizione.

Noi in quella vece, sulle orme d'Ihering, sosteniamo, che anche il quasi possesso va perduto, come il possesso sulle cose, se lo avente diritto tralascia di rendersi visibile in un momento critico, e non fa alcun passo per conservare il possesso, ma si mantiene in quella vece inoperoso.

Noi troviamo una conferma di questo assunto in quella stessa disposizione di legge, alla quale si richiama Randa a puntello della sua opinione.

Gli è vero che il solo non uso di un diritto non importa la per-

(1) Questa figura giuridica ha poca importanza pei paesi italiani, ai quali è destinato il presente lavoro.

dita del possesso, eccettuati i casi di prescrizione, ma gli è vero altresì che pel § 351 (primo inciso) il quasi possesso cessa « se la parte avversaria dichiara di non voler più prestare ciò che dianzi ha prestato; e più non soffre l'esercizio del diritto di un altro, o non ha più riguardo al divieto di astenersi da qualche cosa, e il possessore in tutti questi casi *si acquieta*, e non promuove azione veruna per conservare il suo possesso » (1). La legge non potrebbe meglio accentuare il pensiero, svolto da Ihering, nè esprimere più chiaramente il concetto che per la conservazione del possesso si esige la operosità del possessore (2). Notisi poi che il § 351, per ciò che concerne la perdita del quasi possesso, corre parallelo al § 313, che ne contempla lo acquisto.

E, nel vero:

Pel § 313 si acquista il quasi possesso esercitando visibilmente un diritto, pel § 351 se lo perde restando invisibile quando subentra la necessità di agire per conservarlo.

Se si riflette poi che il § 351 nel primo inciso abbraccia tutti i casi di quasi possesso in precedenza indicati, ben poca importanza si potrà attribuire alla disposizione contenuta nel secondo inciso, o per lo meno non si potrà prendere dalla stessa, come fa Randa, il punto di partenza per stabilire quando e come continui e si perda il quasi possesso.

La nostra interpretazione viene confortata altresì dalle disposizioni racchiuse nei §§ 349 e 352, superiormente illustrati, sebbene anche Randa ricorra alle medesime a sostegno della tesi da esso propugnata.

Randa rigetta, è vero, la opinione di Savigny, per la quale la perdita della servitù, mediante non usus, involve altresì la cessazione del possesso, e, con riguardo alla possibilità della ripetizione, sostiene con Puchta (3), che il possesso continua se anche è estinto il di-

(1) Confr. gli art. 662 — 672 C. I. e 703 — 710 Code C. nei quali non si trova marcato lo estremo messo in rilievo nel § 351 del codice austriaco.

(2) Randa (pag. 343 Nota 4) considera questa disposizione come una specialità del diritto austriaco, ignota al diritto romano e alle moderne codificazioni. Non così Seuffert, Pandette § 173, num. 15 per ciò che concerne il diritto rom.

(3) Lessico giuridico di Weiscke II, pag. 72.

ritto. Per tal modo Randa volendo evitare Scilla, inceppa in Cariddi, e deve persino ammettere la conseguenza (P. 350) che basta un solo atto durante la epoca trentenne della prescrizione perchè il possesso non vada perduto (confr. § 1471), e, a sua detta, neppure questo atto è necessario, se durante la epoca prescrizionale non si presentò la occasione di esercitarlo (P. 352). Da ciò ne consegue che anche Randa accoglie il concetto di Puchta, vale a dire la continuazione del possesso *in abstracto*, e quindi un possesso sfornito degli effetti pratici, che devono accompagnarlo (P. 351 N. 7).

Ihering confronta argutamente questo possesso *in abstracto* col coltello di Lichtenberg, senza lama e senza manico.

Eppertanto il possesso, la cui natura di fatto viene accentuata anche da Randa ad ogni piè sospinto, si converte da ultimo in una sfumatura, e anch'egli in chiusa del suo, del resto pregevole e diligente lavoro, *finisce col possesso esistente soltanto nella idea*, in forma astratta, mentre esordisce colla *idea del possesso stabilita a priori*.

Nè il possesso, nè il quasi possesso vanno abbandonati alla influenza della pretesa legge di Savigny, della *vis inertiae*, che lascia sussistere il possesso *in via di astrazione*, per la sola ragione che non lo si può far morire a causa di una formula teoretica, nella stessa guisa che, in mezzo alla civiltà europea, si mantiene il governo turco, perchè non lo si può far cessare a causa di una formula diplomatica.

Tanto il possesso che il quasi possesso corrispondono alle esigenze pratiche della vita, e ne sono un postulato, d' onde la necessità di applicar loro una misura, che si accomodi a tali esigenze.

Tale misura si è, a nostro credere, quella adottata da Ihering: il non esercizio, la inazione dello avente diritto, importa, nella maggior parte dei casi, la perdita tanto del possesso che del quasi possesso. Diciamo nella *maggior parte* dei casi, dappoichè, come osserva il nostro autore, il possesso non vadi *soltanto*, ma sibbene vadi *anche* perduto per effetto di negligenza. Al più diligente proprietario può andare sfruttata la speranza di ricuperare la cosa, nel qual caso egli può conservare bensì la proprietà, mentre un altro ne acquista il possesso, non appena egli la colloca nel suddetto rapporto esterno.

« Se il possesso è la estremità o esteriorità della proprietà, noi dovremo dichiararlo perduto quando la cosa viene a trovarsi in una posizione, che punto si concilia col modo e colla forma in cui il proprietario è solito a servirsene.

Anche qui gli può restare sempre la possibilità della riproduzione del rapporto originario — ma per la nostra teoria questa non basta, sendochè un proprietario, che abbia qualche interesse per la cosa, non si appaghi di questa mera possibilità, egli non incroci le mani, ma si muova e ristabilisca colla maggiore celerità il turbato rapporto colla cosa.

« *Omnia ut dominum fecisse.* » Questo punto di vista stabilisce il contegno del possessore necessario alla conservazione del possesso.

Il suo interesse gl' insegna ciò ch' egli deve fare, e appunto da questo fatto lo si riconosce come quello, cui la cosa appartiene (ad quem ea res pertinet).

Lo interesse, documentato dal fatto, mediante il modo con cui si adopera la cosa, e si provvede alla stessa, la si protegge e assicura, *segnala il vero proprietario.*

Chi sconosce questo interesse, e per tal guisa si svincola in qualche maniera dalla cosa, perde il possesso — sendochè s'egli è, e resta proprietario, non sia operoso e visibile in questa qualità, e il possesso consista appunto nella visibilità della proprietà — la *diligentia* del proprietario è un indispensabile requisito del possesso. »

Tutti questi riflessi dell' insigne autore, che, [ferma la preaccennata limitazione, ho stimato opportuno di riprodurre, perchè caratterizzano così bene il rapporto, si attagliano anche al quasi pòssesso, che è la *visibilità del diritto.*

L'estremo prericordato è messo in conveniente risalto nei §§ 349, 351, 352 C. C., salva la specialità della cancellazione pegli enti tavolari (§ 350), ai quali applicheremo presto la nostra disamina.

Con riguardo ai preaccennati §§ ci è lecito enunciare anche pel diritto austriaco il principio d'Ihering, che il tempo, congiunto alla inazione dello avente diritto, esercita una decisa influenza sul possesso, e lo provano oltre ai citati §§ i casi contemplati dai §§ 392, 412, e gli altri che verremo in seguito illustrando (§§ 1467 e 1469).

Da ciò ne consegue che neppure al nostro diritto, e in generale alle moderne legislazioni, come lo provano le superiori citazioni

(Art. 456, C. I. e Art. 559, Code C.), non è estraneo il pensiero, che ogni rapporto giuridico si consuma più o meno rapidamente se non è sorretto dalla realtà dello esercizio, e più particolarmente il possesso, che, come nessun altro rapporto, è soggetto alla forza del fatto.

Ciò essendo, ne sarà lecito decampare dalla più citata regola di Paolo: « Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest: ita nulla amittitur nisi in qua utrumque in contrarium actum » fr. 153, de R. J. 50, 17).

Questa regola è stata sin qui ripetuta come un ritornello da tutti i giuristi posteriori, per stabilire i requisiti dello acquisto e della perdita del possesso, non però senza ammettere una folla di eccezioni, che convertono quasi in una eccezione la regola. A ragione quindi Ihering, abbandonando quella astrazione di Paolo, per avventura così assurda come la pretesa di un impresario di adattare la stessa misura ai piedi di tutte le ballerine e di tutti i ballerini, senza distinguere se i membri del corpo di ballo possiedano estremità parigine o tirolesi, si attacca a un'altra massima dello stesso giurista, che è stata usufruttata largamente anche da Savigny (1) « Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat » (fr. 1 eod.).

Colla scorta di questa massima, e sulla base dell'abbondante materiale desunto dalle sorgenti, e accumulato nel N. XIII della sua dissertazione, Ihering arriva appunto alla conseguenza « che il requisito del'a continuazione del possesso si è la diligenza dell'esatto proprietario » conseguenza che noi non ci peritiamo di accettare in via di concetto pel diritto austriaco.

Questo regolo è poi così poco indeterminato, come per avventura la « diligentia » nei rapporti obbligatorii, e consento con Ihering nel credere che, colla scorta del medesimo, e cittadini e campagnuoli possano risolvere la questione: se sussista un possesso o meno, con assai maggiore sicurezza che i corifei della giurisprudenza in base alla teoria di Savigny.

Mi uniformo altresì alla opinione dello illustre scrittore, che anche il giudice non incontrerà alcuna difficoltà nel decidere, colla scorta di quel regolo, se in un dato caso il possessore abbia fatto

(1) Sistema III, pag. 346.

ciò che avrebbe fatto un diligente proprietario, tanto meno che anche nel diritto austriaco il giudice è chiamato in più di un rapporto ad esaminare se in un dato caso taluno abbia impiegata la diligenza di un esatto padre di famiglia (§§ 228 e 513 CC.).

Volgiamoci adesso al

3) *Possesso e quasi possesso tavolare.*

Il possesso tavolare germanico è una nuova luminosa prova della insostenibilità della teoria dominante, che asside lo acquisto del possesso sull' animus e sul corpus, e la sua perdita in un atto in contrario, di conformità alla nota regola di Paolo.

Chi è inscritto nei pubblici libri acquista il diritto intavolato (proprietà, servitù, ecc.), se colui, che è autorizzato ad opporsi, omette di far valere tale opposizione entro il tempo determinato di tre o sei anni (§§ 1467, 1469, 1472), e l' acquisto si effettua mediante possesso tavolare (§§ 321 e 322, comb. col § 350).

Nella legislazione austriaca adunque, allato del possesso fisico (o naturale), si adagia il possesso tavolare, del quale giova esaminare la essenza.

Consento con Randa nel credere che questa specie di possesso possa verificarsi soltanto rispetto ai diritti reali, e a quei rapporti creditorii sopra cose immobili, i quali per acquistare il carattere della assolutezza, e non della realtà, come ammette erroneamente il codice civile (1), abbisognano della inscrizione nei pubblici libri (§§ 1070, 1073, 1079, 1095 CC.).

Ciò premesso, passiamo ora ad esaminare più davvicino le disposizioni che si riferiscono al possesso tavolare.

Pel § 321 CC. « ne' luoghi ove esistono le così dette tavole provinciali, i libri civili e fondiari, o altri pubblici registri di simil genere, il possesso legittimo di un diritto reale sopra beni immobili si acquista *unicamente* mediante l' inscrizione regolarmente fatta in questi pubblici libri »; e pel § 322 poi: « se la cosa è immobile ed esistono i registri pubblici, il diritto di possesso compete *esclusivamente* a quello che vi si trova inscritto come possessore » (Confr. § 441).

(1) Vedi Unger I, 518 e 549.

Parimenti dispone il § 350: « Il possesso dei diritti e delle cose immobili, che costituiscono l'oggetto dei libri pubblici, cessa allorchè sono cancellati dai libri provinciali, civili o fondiari, o vengono inscrittti al nome di un altro. »

Gli scrittori austriaci, che considerano come normale il concetto possessorio enunciato nel § 309, cercano d'indagare e spiegare il rapporto che intercede fra possesso fisico e tavolare.

Alcuni opinano, per es. Pachmann (1), che il concetto possessorio del § 309 è affatto sfornito di pratica importanza rispetto alle cose immobili, mentre (per es. Randa e gli autori da esso citati a pag. 40, 41) sostengono, con riferimento ai §§ 312, 313, 1468, 1470, 1498, la pratica importanza del possesso fisico o naturale, sendochè la occupazione delle cose immobili, o dei diritti equiparati alle medesime, per ciò che concerne lo acquisto, si avveri appunto mediante questa specie di possesso nei casi contemplati dai §§ 1468, 1470, 1498. Anzi, osserva Randa, questi §§ accordano al possesso fisico la stessa efficacia giuridica per le cose immobili che gli accorda il § 1466 per le mobili — e persino contro il possessore tavolare, d'onde la conseguenza che il codice in quei casi ammette anche un possesso fisico sulle cose immobili (2).

Se si riflette però che nei paesi a sistema tavolare il possesso si acquista *unicamente* mediante l'inscrizione (§ 321); che il diritto di possesso compete *esclusivamente* a chi è inscritto nel libro come *possessore* (§ 322); se si riflette ancora che il § 1468 si riferisce ai paesi in cui non vige il suddetto sistema, o al caso in cui l'immobile non sia inscritto in nome di quello che ne esercita il diritto di possesso, che il § 1470 parte dalle stesse presupposizioni; se si riflette da ultimo che il § 1498 potrebbe anche contemplare il caso di una iscrizione primitiva, rivolta cioè a costituire per la prima volta un diritto tavolare; se si riflette a tutto ciò, si dovrebbe di necessità arrivare alla conseguenza: quod non est in libro non est in mundo.

(1) Nella sua infelice monografia sulla prescrizione (pag. 74, num. 4), il cui solo merito, come è stato argutamente osservato, si è di essere essa stessa, prescritta.

(2) Vedi la decisione suprema 16 agosto 1866. num. 5748 e l'altra 19 dicembre 1866, num. 10380, riportate nella Collezione di Unger e Glaser Vol. V 1871.

Ad ogni modo per le cose premesse spicca chiaramente che il concetto possessorio del § 309 non può essere il punto di partenza neppure per la costruzione del possesso fisico o naturale, che lo si voglia chiamare, e quindi con tanto maggiore diritto possiamo fare astrazione dal medesimo nel possesso tavolare, che si riferisce alle cose immobili, rispetto alle quali indietreggia il momento della detenzione, come risulta dalle superiori deduzioni.

Non esitiamo quindi neppure un istante a dichiarare erronea la opinione di Randa, per la quale il solo possesso fisico sarebbe vero possesso, mentre, a sua detta, al possesso tavolare non conviene questo appellativo, in precipuità nel riflesso che il possesso tavolare non fruisce dell'unico effetto caratteristico del possesso, vale a dire della protezione possessoria.

In riserva d' incontrare in seguito questa asserzione, devo soggiungere che anche Unger propugna la opinione che il possesso tavolare non è vero possesso, nella stessa guisa che la così detta usucapione tavolare non è usucapione nel senso del diritto romano (1).

Nelle disposizioni concernenti il possesso tavolare io trovo invece una nuova conferma della verità sostenuta da Ihering, e mi è dato di constatare il parallelismo tante volte accentuato fra possesso e proprietà.

Il possesso delle cose immobili, e dei diritti che vi si riferiscono, si acquista soltanto mediante inscrizione (§ 321), pel motivo che anche la proprietà di queste cose, e in generale tutti i diritti reali, concernenti cose immobili, si acquistano mediante tale inscrizione § 431 comb. col § 445).

Anche nei casi il cui diritto viene acquistato in via di successione universale, e quindi ipso jure, giusta la opinione di Unger, deve seguire l' inscrizione nei pubblici libri (§ 436).

L'erede, osserva Unger, in un altro incontro (2), diventa *materialmente* proprietario della realità, che si trova nell' asse, mediante l'adizione, ma egli deve farsi inscrivere nei pubblici libri per appa-

(1) II, pag. 284, 285.

(2) Nell' articolo « La parte materiale dello istituto dei pubblici libri, pubblicato nella Gerichtszeitung (1868, num. 25 e 26), nel quale è riprodotta però la opinione svolta nel Sistema sulla essenza del possesso tavolare.

rire proprietario anche esternamente e *formalmente*, e per essere legittimato a disporre ulteriormente della cosa (§ 432).

Secondo me, il fatto della inscrizione nel pubblico libro costituisce la estremità della proprietà.

Mediante l' inscrizione il proprietario diventa *visibile*, e quindi nella stessa guisa che, rispetto alle altre cose, il possesso fisico è la estremità della proprietà, rispetto agli enti intavolati, tale estremità si è appunto il possesso tavolare, la cui efficacia per le cose immobili balza viemaggiormente agli occhi ove si rifletta con Ihering, che il loro possesso riposa meno sul momento fisico, che sul momento giuridico, d'onde la necessità di dare all'acquisto del medesimo una diversa configurazione, e di circondarlo di maggiori garanzie legali.

E a questo pensiero s' inspira appunto l' istituto tavolare, per lo meno esso corrisponde eminentemente a questo bisogno.

Unger crede di poter assidere la sua opinione intorno ai diritti tavolari sulla analogia della proprietà bonitaria e quiritaria, ch' egli ha messo in risalto anche in un'altra occasione (1). A sua detta, lo erede fino alla trascrizione è soltanto proprietario bonitario, mentre quell' atto lo converte in proprietario quiritario, e distingue quindi, pel diritto austriaco, fra proprietà formale e materiale sopra realità.

Questa opinione fu impugnata da Krainz (2), il quale considera i diritti tavolari come diritti vincolati (3), che, deviando dalla regola, hanno la specialità di non passare in un'altra persona mediante successione ereditaria, alienazione e usucapione, ma soltanto se questa persona entra in una determinata posizione, che segnala il soggetto attivo.

Qui egli cita, in uno a vari altri esempi, le servitù prediali, i pesi reali tedeschi, e il possesso delle carte al portatore e all'ordine.

Questa specialità dei diritti vincolati, soggiunge Krainz, viene a galla anche all'atto della loro estinzione.

(1) « Il progetto riveduto di un codice civile pel regno di Sassonia ». Lipsia 1861, pag. 112-113.

(2) Nella sua pregevole monografia: « Il principio direttivo dei libri tavolari » (Gerichtszeitung, 1868, num. 95 seg.).

(3) Di questo concetto del *vincolo* dei diritti Ihering fa una delle sue solite geniali applicazioni nella recente monografia: « Sugli effetti passivi dei diritti con riguardo al loro lato attivo e passivo. »

Essi non cessano, come gli altri diritti, mediante pagamento, rinuncia,novazione, compensazione, prescrizione, decorrenza del tempo, caso, ecc., ma continuano a sussistere, o in base alla dichiarazione dell'obbligato, o in base a prescrizione legale, sino a che taluno si trova in quella posizione, o essa non sia affatto distrutta.

Krainz, con riferimento al già citato § 431, al § 444, pel quale: « la proprietà dei beni immobili non cessa se non colla cancellazione dai pubblici libri » e al § 445, che estende la stessa disposizione a tutti i diritti reali (confr. anche §§ 469, 526 e 1446), equipara a ragione i diritti intavolati al possesso delle carte al portatore e all'ordine, sendochè la posizione decisiva per essi sia appunto la legale inscrizione dello avente diritto nel pubblico libro. La loro trasmissione avviene adunque nell'atto che un altro subentra in quella posizione, e quindi *soltanto* mediante intavolazione di un nuovo soggetto (trascrizione), e si estinguono *soltanto* mediante la legale cancellazione.

Accediamo pienamente alla opinione di Krainz, che si deve considerare quale proprietario di un fondo, compreso nel pubblico libro, soltanto chi vi è inscritto legalmente, e quindi in base a un titolo giuridico, e colla ulteriore condizione che anche il trasmittente sia proprietario (§ 432 comb. col § 442 (1)).

In mancanza di amendue queste presupposizioni non sorge la proprietà, ma soltanto il possesso tavolare, e in sussistenza del solo titolo « un possesso tavolare legittimo » (§§ 321, 441) poco importando che l'autore fosse o meno proprietario.

Contrariamente allo avviso di Unger e di Randa, noi assumiamo

(1) Conf. invece Exner « Il principio della pubblicità « Vienna, 1870, pag. 32 e 36. Egli mette però in rilievo l'elemento della esteriorità nel possesso tavolare. (Pag. 120). Vedi la menzione di Harum nella Gerichtszeitung di data 3 gennaio a. c. num. 1, 2. Anch'egli disputa al possesso tavolare la qualità di possesso, in forma forse troppo categorica, e senza punto motivare la sua opinione. Vedi anche la estesa recensione di Randa nello stesso giornale num. 26-34, a. s. Egli si scaglia in precipuità contro la distinzione fra titulus e modus che viene difesa da Krainz, con riguardo alle cose immobili. Sebbene io non sia neppure partigiano di questa vieta e antiquata distinzione credo però che non la si possa ignorare de lege lata. Krainz opina poi, che in mancanza di titolo, non ha luogo l'ordinaria usucapione tavolare di 3 o 6 anni (§ 1467, 1472) ma subentra la straordinaria di 30 o 40 anni (§ 1468, 1472).

la parola « *possesso legittimo* » nel senso del § 316 combinato coi §§ 1460, 1461, 1462, che riteniamo altresì applicabili al possesso tavolare, al pari dei §§ 317 e 424, in quanto si accomodano a oggetti tavolari, e nella stessa guisa che il possesso legittimo, rispetto alle altre cose, è la estremità legittima della proprietà, il possesso legittimo di enti intavolati, è la estremità legittima della proprietà tavolare.

La legittimità del possesso accorda in amendue i casi, se l'autore non era proprietario, la possibilità della usucapione, purchè concorrano gli altri due estremi della buona fede e non viziosità, che reputiamo altresì applicabili al possesso tavolare.

Mediante la usucapione tavolare la inscrizione illegale acquista il battesimo della legalità, la estremità della proprietà, documentata dalla intavolazione, viene a convertirsi in vera proprietà, anche qui per effetto del silenzio, della inazione del proprietario.

Da ciò ne consegue, che anche l' inscrizione nel pubblico libro fruisce di uno degli effetti del possesso, sebbene essa non conduca alla usucapione nel senso del diritto romano, ma si risolva in una prescrizione estintiva di diritto germanico cogli effetti dell'acquisitiva.

Ad ogni modo l'inscritto nel pubblico libro acquista il diritto intavolato, e questo è il punto essenziale; mediante il possesso tavolare la estremità della proprietà o del diritto, constatata dalla intavolazione, viene a convertirsi in vero diritto.

Se si riflette poi che in massima, rispetto ai beni immobili, la estremità della proprietà viene seguace alla vera proprietà; che questo è il suo stato normale; che, come osserva Ihering, fra cento casi una sol volta, e neppure in questa proporzione, in particolarità ove funziona il sistema tavolare, e sono quindi maggiori le garanzie legali, da cui è circondata la proprietà immobiliare, una realità viene a trovarsi nelle mani di una persona non autorizzata; se si riflette a tutto ciò, si dovrà conchiudere che il possessore tavolare sarà quasi sempre anche possessore fisico, nel senso che si attribuisce comunemente a questa parola, e fruirà quindi di regola anche degli interdetti, donde la conseguenza che questi non sono inconciliabili col possesso tavolare, come pretende Randa.

Mi si obbietterà certamente che il possessore tavolare fruisce di questa protezione appunto pel motivo ch' egli possiede anche fisica-

mente la cosa. Se non che, prescindendo dalle apprensioni che inspira questa distinzione de lege lata, e sulle quali ritornerò, a me sembra concludente il fatto che nella vita pratica non occorre quasi mai ricorrere a tale distinzione, che si converte per tal modo in una tappezzeria teoretica.

Il possessore tavolare non è adunque escluso dalla protezione possessoria. Eppertanto la facilitazione della prova, introdotta a favore del proprietario, ridonda di regola anche a vantaggio del proprietario, rispettivamente del possessore tavolare, e, come ho già accennato, nella vita pratica, nel commercio giornaliero, si presenteranno ben poche eccezioni, fra le quali va messa certamente in rilievo quella additata da Krainz, vale a dire il caso in cui quello che è intavolato legalmente, e quindi il vero proprietario, abbia alienato e trasmesso il fondo a un altro, e che costui non abbia ottenuta la trascrizione.

Se non che anche qui potrebbesi revocare in forse se, in sussistenza dello speciale modo di acquisto del possesso tavolare, prescritto dal § 321, la semplice consegna del fondo, avvenuta forse mediante la consueta « *passeggiata* », sia in grado di trasmettere il possesso, e con esso i rimedi possessorii.

Krainz afferma senz'altro questo punto, perchè anch'egli costruisce la nozione del possesso sul § 309, e muove quindi dal principio della detenzione corporale.

Dal momento però ch'egli accorda a chi è inscritto, in base a un titolo, l'azione Publiciana, se anche l'autore non era proprietario, e la nega giustamente nel caso proposto all'acquirente del fondo, a cui favore non è ancora seguita la trascrizione, s'egli perde posteriormente il possesso, pel motivo che gli manca « l'*atto di acquisto* » e che non è quindi « affatto proprietario », non si farebbe che un solo passo più innanzi negandogli anche la protezione possessoria per lo stesso motivo, vale a dire pel motivo che gli manca l'atto di acquisto del possesso, prescritto dal § 321, e che non è quindi affatto possessore.

Le sue ulteriori deduzioni e distinzioni fra possesso, diritto di possesso (da non confondersi coi diritti del possesso, coi così detti commoda possessionis) e diritto di proprietà, con riferimento al § 851, non snervano menomamente il preaccennato appunto.

E, nel vero:

Se il terzo, a cui favore non è seguita la trascrizione, non è proprietario, per difetto dell'atto di acquisto, contemplato dal § 431, e non può quindi aspirare alla Publiciana, dovrebbesi, per ragion di coerenza, ritenere ch' egli non è neppure possessore, in presenza dello stesso difetto, desunto dal § 321, e che non gli conviene neanche la protezione possessoria. A' miei occhi il primo caso deve correre parallelo al secondo, e dalla stessa premessa devesi dedurre la eguale illazione.

Krainz avrebbe dovuto tanto meno retrocedere dinanzi a questa conclusione, quantochè egli ammetta che i diritti tavolari appartengono a quella classe di diritti vincolati, la cui posizione decisiva si è un mero rapporto di fatto, che consiste nella legale inscrizione nel pubblico libro.

Gli stessi principj dovrebbero applicarsi anche al quasi possesso tavolare. Anche qui, in presenza delle superiori osservazioni, e della argomentazione di Krainz, è per lo meno dubbio se co'ui al quale è stato concesso un diritto di servitù dal proprietario, senza che sia stata effettuata a suo favore la inscrizione nel pubblico libro, abbia il quasi possesso, e la protezione possessoria. Anche qui sorviene il riflesso che non a lui, ma al possessore tavolare della servitù compete la Publiciana, nel caso ch' egli non possa provare la proprietà dell'autore, o del praedium dominans (§ 523).

Ad ogni modo sarebbe desiderabile de lege ferenda che in caso di collisione fra possesso tavolare e fisico si accordasse al primo la preferenza (1).

Se non che questo punto, il ripetiamo, ha per noi una importanza subordinata, perchè si riferisce a casi eccezionali, mentre noi abbiamo in vista il caso normale della proprietà immobiliare, in cui il possessore è anche proprietario, ed è reso perspicuo, come tale, mediante la intavolazione, assai più efficace e rassicurante del « potere fisico sulla cosa. »

In questi casi normali, allato del possesso tavolare, non sussiste un possesso fisico, il proprietario è anche possessore, e fruisce quindi della protezione possessoria, vale a dire della facilitazione della prova,

(1) Winiwarter (II, pag. 53, Nota 1) glielа accorda anche de lege lata.

introdotta ad esclusivo vantaggio della proprietà, nella stessa guisa che le carte al portatore e all'ordine, che Krainz colloca nella stessa linea coi diritti tavolari, mirano a facilitare allo avente diritto il processo di legittimazione.

Sarebbe per avventura escluso il possesso tavolare da questa facilitazione, in onta alla analogia che intercede fra i due istituti, e che messa così maestrevolmente in rilievo da Ihering pel possesso n genere, diventa irresistibile ove la si applichi al possesso tavolare.

Ritenuto adunque che il possessore tavolare, almeno nei casi normali, dirimpetto ai quali i casi eccezionali rappresentano, come sostiene Ihering, $^1/_{10}$ per cento, fruisce della protezione possessoria, vediamo ora se alla stessa si possa applicare la teoria del suddetto autore con riguardo alle legislazioni moderne.

III.

LA PROTEZIONE POSSESSORIA.

1. *Nel diritto austriaco.*

Perchè si protegge il possesso? Questa domanda va indubbiamente fatta anche pel diritto austriaco, sendochè anche qui la protezione possessoria balzi agli occhi colle sue numerose contraddizioni.

Anche Randa aderisce alla teoria volitiva, e parte dal principio che la volontà del soggetto di diritto deve essere rispettata e protetta contro l'arbitrio, persino quando la si fa valere in via di fatto.

Se ciò è vero perchè protegge il diritto il possesso dei pazzi, degli infanti e persino dei patrimoni impersonali, che sono naturalmente sforniti di volontà, con avvertimento che anche Randa ha dato il suo voto per lo scarto delle persone giuridiche? (1).

D' altronde se la protezione del possesso mira a tutelare la volontà, non si sa vedere, come osserva giustamente Ihering, perchè si esiga il requisito del possesso se la volontà è manifesta in altro modo.

« Un cacciatore insegue una fiera, e un altro gliela uccide sotto il naso; perchè non viene anche qui accordata un'azione contro il

(1) Nell'Archivio pel diritto commerciale e cambiario (XIV).

secondo per aver frustrata la volontà del primo? In un pubblico locale taluno mette un segno sopra un posto, e un altro glielo occupa. La volontà di tenere per sè il posto fu chiaramente manifestata dal primo, ma chi potrà pensare in questo caso a un'azione possessoria? »

Per sfuggire a queste e ad altre numerose contraddizioni, messe in risalto da Ihering, non si ha che a considerare il possesso quale una posizione della proprietà, e la protezione possessoria quale un necessario completamento della protezione proprietaria.

Mancando la protezione possessoria, in ogni turbativa di possesso, il proprietario dovrebbe richiamarsi alla sua proprietà, e quindi fornirne all'occorrenza la prova, persino in caso di furto.

« *L'esclusione della questione proprietaria, espressa in via di principio, impartisce al possesso il suo carattere speciale.* »

Ciò non pertanto la protezione possessoria s'inspira allo interesse proprietario, e, come nota egregiamente il più citato autore: « *il possesso è una fortificazione avanzata della proprietà.* »

« Il proprietario si difende nel possesso contro i primi attacchi, che prendono di mira il suo diritto, su questo terreno non viene impegnata una battaglia decisiva pella proprietà, ma una semplice scaramuccia, un fuoco di avamposto, nel quale, se mi è lecito usare il confronto, non si ha bisogno della grossa artiglieria, ma basta l'artiglieria leggera.... contro i ladri e i grassatori non si adoperano i cannoni. »

La protezione possessoria corrisponde alla esigenza di una congrua configurazione dello istituto della proprietà, che abbandonata a sè stessa, vale a dire assisa sulla sua rigorosa dimostrazione, sarebbe il più incompleto, il più incerto organismo giuridico.

Da questo punto di vista si arriva a spiegare come il diritto accordi la protezione dove non esistono le naturali presupposizioni del possesso, e la nega dove queste concorrono.

Nella protezione possessoria viene a galla lo interesse proprietario; se manca questo, manca anche la protezione possessoria.

Il mio vicino gode la brezza notturna all'ombra dell'albero, che ho piantato dinanzi la mia abitazione. Se mi salta il ticchio di abbatterlo, potrà egli il mio vicino aspirare alla protezione possessoria?

È noto il famoso aneddoto di quel misantropo ateniese, che avendo deciso di atterrare un suo albero avvertì caritatevolmente i suoi

concittadini di tale suo divisamento, e dell' epoca in cui intendeva eseguirlo, perchè intanto ne approfittassero coloro che avevano risoluto di appiccarsi. Il filantropo ateniese avrebbe potuto però omettere questo atto di cortesia, e svellere senz' altro il suo albero.

Al pensiero dello interesse proprietario s'inspira la protezione possessoria anche nella legislazione austriaca.

Il diritto austriaco accorda la protezione possessoria in due direzioni: *a*) contro ogni arbitrario turbamento; *b*) contro la sottrazione del possesso perpetrata *vi, clam, precario.*

Il § 339 dispone: « Qualunque sia il possesso a niuno è lecito il turbarlo di propria autorità. Al possessore che ne sia turbato compete il diritto d' invocare l'autorità del giudice, affinchè faccia cessare ogni molestia, e faccia risarcire il danno che verrà provato; » e il § 346: « Contro qualunque possessore vizioso (che possiede cioè vi, clam, precario § 345) si può proporre l'azione tanto per la ripristinazione nello stato primitivo, quanto per la indennità. L' uno e l'altra, discussa la causa, dovrà decretarsi dal giudice anche senza riguardo a un diritto più forte che la parte convenuta potesse avere sulla cosa. »

Eguali disposizioni s'incontrano nel § 2 della Ordinanza imperiale 27 ottobre 1849 (N. 12 del *Bollettino delle Leggi*), che regola il procedimento nei casi preindicati (processo sommarissimo), sempre però mantenendo le azioni possessorie del codice civile, tanto è vero che il citato § 2 si richiama ai § 339, 346 e 347 del codice.

Anche l' introduzione accenna espressamente ai rimedi giuridici, e alle disposizioni giuridiche contemplate dal codice civile, e più particolarmente dal primo capitolo della seconda parte.

Il possessorium summariissimum si prefigge lo scopo esclusivo di regolare lo stato di fatto del possesso (§ 5 della Ordinanza), e la disposizione o decisione giudiziaria deve limitarsi alla protezione e ripristinazione del possesso, mentre sono escluse dalla controversia tutte le questioni relative al titolo, alla buona o mala fede del possesso, e le pretese d'indennità in quanto non sieno spontaneamente riconosciute (§§ 320, 328, 335, 339).

Tutti questi punti vanno ventilati in sede ordinaria (possessorium ordinarium) (1), alla quale deve ricorrere anche chi vuol appena

(1) Vedi Unger II, pag. 566, Nota 2.

acquistare il possesso, o far valere un diritto migliore al possesso (§ 372, 373 e 374).

L'azione sommarissima deve essere proposta entro 30 giorni dopo che il possessore ha avuto notizia della turbativa, ed abbraccia tanto la turbativa in senso proprio, che la sottrazione del possesso (§ 2 della Ordinanza comb. coi §§ 339, 345, 346, 347 e 851 C.C.).

La legislazione austriaca regola adunque la protezione possessoria accordando due rimedi:

a) l'azione per turbativa di possesso (§ 339 — interdictum retinendae possessionis);

b) l'azione per sottrazione del possesso (§ 346 — interdictum recuperandae possessionis);

mentre, come abbiamo or ora veduto, è escluso l'interd. adipiscendae possessionis, che anche nel diritto romano aveva in alcuni casi una funzione ricuperatoria.

Il rimedio poi contro la sottrazione del possesso è limitato nel diritto austriaco ai soli tre casi vi, clam, precario, di sorte che in questo riguardo non è stata adottata la riforma compiutasi nella posteriore legislazione romana, che estendeva la protezione a ogni sottrazione ingiusta, avvenuta senza, o contro la volontà del possessore.

Anche pel diritto austriaco i rimedi possessorii convengono al solo possessore, e non al semplice detentore.

La semplice detenzione, osserva Randa, non fruisce di alcuna protezione giuridica, nè contro le turbative in senso stretto, nè contro le sottrazioni (1).

A torto però il citato autore sostiene in tesi generale, senz' alcuna restrizione, che la espressione « *stato di fatto del possesso* » adoperata dal § 5 della suddetta Ordinanza, miri ad escludere dalla

(1) I commentatori austriaci sono d'accordo che al detentore non spetta il rimedio del § 346, mentre alcuni (ad eccezione di Zeiller, e di Nippel, ai quali si deve aggiungere attualmente anche lo Stubenrauch) vorrebbero accordargli il rimedio del § 339. Anche Unger (nel Progetto riveduto, pag. 81) propugna questo erroneo assunto, mentre in Randa si trova la esatta opinione. Egli osserva giustamente (pag. 72) che se la opinione di quegli scrittori fosse vera la legge incorrerebbe in una interna contraddizione, perchè lascerebbe impunita la lesione contro il detentore in caso di completa spogliazione, e la punirebbe in sede civile quando si presenta come semplice turbativa.

protezione possessoria il « così detto possesso tavolare » mentre, con riguardo alle superiori deduzioni, si può sostenere, senza tema di andare errati, che in quasi tutti i casi di lesione possessoria, il possessore tavolare è anche possessore di fatto, ben inteso ove vige il sistema dei pubblici libri.

Non possiamo neppure menar buoni a Randa gli argomenti, con cui cerca di giustificare la esclusione del detentore dalla protezione possessoria.

Egli adotta in questo riguardo la opinione di Savigny, per la quale non sussiste alcun motivo di proteggere la semplice detenzione, nel riflesso che il detentore è garantito dai rimedi giuridici del possessore.

Senza qui opporre a Randa le ragioni, che Ihering avanza contro Savigny, mi basterà osservare che, se la lesione del possesso involve una ingiustizia contro la persona, il detentore, che è attaccato direttamente, avrebbe per lo meno un eguale diritto ad essere protetto (1).

Non solo il possesso, ma ogni possesso viene protetto, senza riguardo alla sua qualità (§ 339).

Ciò è naturale ove si rifletta, che, per realizzare la facilitazione della prova, introdotta a favore del proprietario, si dovea di necessità escludere dalla controversia possessoria la questione di diritto persino quella di un diritto più forte al possesso, che deve essere ventilata altresì in sede petitoria (§ 5, secondo capoverso della citata Ordinanza).

Altrimenti si renderebbe illusoria la protezione accordata al possesso.

Questa facilitazione della prova, che ha in mira lo interesse del proprietario, ridonda di necessità anche a vantaggio del non proprietario, e si ritorce persino contro il medesimo (§ 346 secondo inciso).

Se non che la stessa apparizione si riproduce anche nelle carte al portatore e all'ordine.

Anche esse si propongono lo interesse del proprietario, e mirano, come abbiamo constatato, a facilitargli il procedimento di legittima-

(1) Vedi d'altronde lo stesso Randa § 8, pag. 83, e confronta § 7, Nota 5.

zione, e con esso il realizzo dei valori di cui è possessore. Ma non soltanto il vero creditore partecipa di questo vantaggio. Ne approfittano anche le persone non autorizzate, persino il ladro ed il grassatore, sebbene la legge non li conviti a questo banchetto, imbandito per altri, nella stessa guisa che in un' accolta di gente di alto affare s' introducono spesso delle persone non invitate, persino dei furfanti, e nella stessa guisa che nelle moderne società la cortigiana rasenta spesso col gomito, in un salone profumato, una dama del vero mondo, forse una duchessa.

Giova però distinguere, con Ihering, in ogni istituto giuridico lo scopo che è divisato, e quello che non è divisato dal legidatore.

« Anche la protezione del possesso è stata introdotta in contemplazione delle persone oneste, al pari della facilitazione del processo di legittimazione, attuata nelle carte al portatore, ma di necessità vi partecipano anche le persone disoneste. »

Poco importa quindi che il possesso sia di buona o mala fede, appoggiato a un titolo o meno (legittimo o illegittimo), vizioso o non vizioso (§§ 339 e 346 C. C. e § 5 della già citata Ordinanza) (1).

Soltanto rispetto al possesso vizioso è accesa una viva controversia, e la maggior parte dei commentatori austriaci (2) opinano, che al solo possessore non vizioso competa la protezione giuridica, nella sua piena estensione, contro la lesione. Se non che a torto. Se anche il possesso non viene protetto in e per sè, ma in contemplazione della proprietà, devesi però accedere a Randa, per lo meno in via di regola, là quando osserva, che si deve por mente soltanto alla esistenza del possesso, senza risalire alla sua origine.

D'altronde la opinione contraria urta contro la disposizione generale del § 339, mentre, come osserva giustamente il citato autore, nel § 346 è cenno soltanto della persona del convenuto, e statuito *contro chi* possa spiegarsi l'azione.

(1) Fr. 3, § 5 de poss. (41. 2). In summa possessionis non multum interest juste quis an injuste possideat. Vedi anche fr. 1, pr. § 5, fr. 3, pr. uti poss. (43. 17), ecc.

(2) Zeiller II, pag. 97. Winiwarter II, pag. 69, 93. Stubenrauch I, pag. 691. Schuster, Processo civile per la Transilvania, pag. 938 e 941. Winiwarter e Stubenrauch, in manifesta contraddizione con sè medesimi, gli accordano il rimedio del § 339. Stubenrauch nella II edizione pag. 460 si è ricreduto.

Da ciò ne consegue che la questione attinente alla persona dell'attore, la soluzione del punto *chi* possa promuovere l'azione, debba essere risolta colla scorta del § 339, che regola affatto generalmente la protezione possessoria, e l'accorda a *ogni* possessore, e quindi anche al vizioso.

Questa opinione trova una ulteriore conferma nei §§ 2 e 5 della più citata Ordinanza, che punto distinguono fra possesso vizioso e e non vizioso (1).

Nè le si può opporre, giusta Randa (Pag. 81, N. 20 e Pag. 82, N. 23), il § 347, il quale contempla il caso che l'attore abbia ottenuto il possesso dal convenuto vi, clam, precario, nel qual caso certamente è decisiva la circostanza quale delle due parti si trovi in possesso non vizioso (confr. § 10 di detta Ordinanza). Ad ogni modo il § 347 ammette la possibilità che anche l'attore si trovi in possesso vizioso.

Non possiamo però approvare la ulteriore argomentazione di Randa, assisa sull'erroneo concetto che il possesso viene protetto in e per sè, e quale incorporazione della volontà.

Rileviamo però con soddisfazione che questo autore non ripone con Savigny nella violenza il fondamento della protezione possessoria, nel giusto riflesso che in questo caso anche il detentore potrebbe aspirare alla tutela della legge (2).

Nel codice austriaco, allato della violenza, si adagiano la clandestinità e la precarietà, ma non è stata accolta, come abbiamo già constatato, la riforma realizzata nella legislazione imperiale romana, che estende opportunamente la protezione possessoria a ogni sottrazione ingiusta del possesso. E quindi se i miei canarini o le mie colombe prendono il volo verso la stanza del mio vicino, ed egli se li appropria, io non potrò aspirare pel diritto austriaco alla protezione ricuperatoria.

Randa osserva a ragione che la lesione del possesso, concepita come violenza, non potrebbe involvere logicamente l'obbligo della restituzione della cosa, ma basterebbe allontanare dalla persona la coercizione esercitata in suo confronto.

(1) Vedi Bruns, pag. 459.

(2) Abbiamo però constatato che questo argomento si ritorce contro lo stesso autore.

Sin qui possiamo seguire Randa, ma non più oltre.

Dobbiamo invece scartare il suo asserto, che la protezione possessoria miri a garantire la volontà, potendo questa, anche quando non s'inspira al diritto, ma si presenta in via di fatto, aspirare alla tutela giuridica contro ogni e qualunque coazione, che le venga esercitata, a meno che tale coazione non emani dalla legge.

La opinione di Randa, come ho accennato superiormente, s'informa alla teoria volitiva, che viene patrocinata da Gans, Puchta e Bruns, e la cui insostenibilità è stata luminosamente dimostrata da Ihering, che incontra anche l'assunto del primo dei citati autori.

Ne consta in quella vece che il possesso non viene protetto quale incorporazione della volontà, ma unicamente in contemplazione della proprietà, attalchè la protezione possessoria apparisce il necessario completamento della protezione proprietaria, sebbene in alcuni casi essa giovi anche al non proprietario, dacchè altrimenti non si potrebbe devolverla al proprietario.

Di fatto se la prova si limita alla semplice estremità della proprietà, alla sua esistenza di fatto, questa facilitazione ridonda a vantaggio di ognuno, che è in grado di comprovare questa presupposizione nella sua persona.

Per tal modo, osserva Ihering, il possesso acquista di fronte alla proprietà una certa indipendenza, che gli rende possibile, anzichè servire esclusivamente al diritto, di volgersi contro lo stesso.

« Lo stesso servizio, che il possesso rende al proprietario che possiede, di proteggerlo in modo facile contro attacchi alieni, viene reso da esso anche al non proprietario che possiede, persino contro il proprietario che non possiede » (fr. 48. 26 de usurp. 41. 3).

Se non che non si può mai abbastanza ripetere che questa è una conseguenza anormale, eccezionale, che non ha in mira lo interesse dei ladri e dei grassatori, alle cui intemperanze il diritto frappone un argine potente mediante le disposizioni del codice penale, che dimostrano il valore e la vera tendenza della protezione possessoria, che la legislazione civile accorda a quelle persone.

« Non ai muri, alle serrature, ai catenacci, agli armadi, alle tasche soltanto io devo la sicurezza delle cose mobili, ma a questi impedimenti esterni, che io oppongo agli appetiti alieni, si aggiungono gli steccati *invisibili*, coi quali il diritto circonda la mia proprietà:

l'ordine giuridico, il senso giuridico, diffuso nel popolo, il timore del ladro di essere scoperto e punito. I pochi articoli del codice penale, attinenti al furto, alla rapina, al divieto della privata difesa, pesano ben più di tutti i mezzi meccanici di sicurezza; se quelli scompariscono si vedrà subito quanto poca importanza abbiano i secondi » (1).

E lo provano, in mezzo alla vantata civiltà francese, i recenti fatti di Parigi.

Il possesso non si trasmette per eredità. Ma non gli sopravvive per avventura anche nel diritto austriaco la necessità della protezione possessoria? Questo bisogno pratico è riconosciuto indubbiamente rispetto alla eredità giacente, il cui curatore può far uso degl'interdetti, non perchè egli acquista il possesso per la eredità, come opina erroneamente Randa (pag. 147, Nota 51), ma pel motivo

(1) Non sarebbe infruttuoso il tentativo di accomodare anche al diritto penale il concetto possessorio enunciato da Ihering. In che senso devesi prendere la parola *possesso* nel § 171 C. P.? Mentre i trattatisti di diritto civile ne assicurano che il legislatore si uniforma all'uso linguistico volgare (per es. Randa), i commentatori del codice penale asseverano che la parola possesso deve essere assunta nel diritto penale in un senso diverso da quello, che le viene attribuito nel diritto privato, dacchè nel primo si tratti della semplice custodia, ovvero del rapporto fisico della persona colla cosa. (Per es. Herbst pag. 329 ad § 171.) Accogliendo la teoria d'Ihering, si eviterebbero le difficoltà ed i pericoli di questa distinzione. Anche nel diritto penale il possesso può essere considerato quale una posizione della proprietà, ed è decisiva la collocazione della cosa in uno stato nel quale essa possa adempiere alla sua funzione economica. Chi la sottrae a questa destinazione commette un furto, in altri casi una rapina (§ 190), e anche qui risulta importante la distinzione fra cosa e cosa, e si può prescindere in una quantità di casi dalla custodia, dal rapporto fisico. « Il contadino, per escludere le indebite ingerenze dei terzi, non può circondare di mura i suoi prati e i suoi campi, non può far custodire da una sentinella il suo fieno e la sua biada, che si asciugano sul fondo e il gregge, che vaga pel pascolo. » Qui vanno citati inoltre i molti rami d'industria pel cui esercizio conviene lasciare all'aperto una quantità di oggetti senza sorveglianza. Di fatto in questi casi anche il codice penale prescinde dalla custodia (§ 175 II, lit. a-d.). Da ciò ne consegue che il criterio della custodia, del rapporto fisico, si appalesa insufficiente anche sul terreno del diritto penale, donde la necessità di esaminare anche qui se la cosa si trovi in una posizione normale, corrispondente alla sua destinazione economica. « Il legname sul luogo della fabbrica mi annunzia che sussiste un possesso sul medesimo, il legname che è sospinto dalla corrente mi

che togliendole la protezione possessoria si comprometterebbe, come abbiamo constatato in altro incontro, lo interesse proprietario. Epperò, come osserva egregiamente Ihering, alla volontà dello ereditario sopravvive il bisogno pratico di proteggere il possesso, cui corrisponde, nel proposto caso, lo stato di pacifica permanenza della cosa nella massa. « Qui manca il possesso, ma non la idea del possesso ». Manca il possesso del testatore, perchè questo finisce colla sua morte, manca quello della eredità giacente, per difetto della necessaria volontà, e, come osserva Randa, del dominio fisico, ma sussiste il preaccennato interesse, e con esso il bisogno della protezione possessoria.

Per tal modo il nostro assunto riceve una nuova conferma.

Rispetto allo erede la bisogna procede diversamente nel diritto austriaco, nel quale l'azione ereditaria non ha la funzione possessoria della hereditatis petitio romana.

Allo erede, come a qualunque altro successore, è lecito di aggiungere il suo al possesso del predecessore, e di completare in tal guisa l'epoca della usucapione (§ 1493 C. C.).

Questa computazione, al pari dell'accessio possessionis di diritto romano, riposa, come osserva giustamente Randa, sulla idea fonda-

annunzia la perdita del possesso. Parimenti il pesce nella rete mi annunzia che esso si trova quivi per volontà del proprietario, l'orologio invece dimenticato dal pescatore presso la barca, mi annunzia che esso giace in quel sito senza la sua volontà. »

Una persona onesta, che passa accidentalmente scorge subito che il pesce si trova in una posizione normale, e non lo tocca, ma prende invece l'orologio per restituirlo al proprietario, nella persuasione che quell'oggetto si è sottratto alla sua destinazione naturale. Se taluno s'impadronisce per inverso anche del pesce manifesta la sua intenzione furtiva. Questa distinzione risulta quindi importante anche pel diritto penale, mentre è indifferente per la responsabilità del ladro se lo stesso proprietario o un altro per esso (un detentore) colloca e mantiene la cosa nella sua posizione normale, omesso di osservare che anche qui nella maggior parte dei casi la sottrazione avviene a pregiudizio del proprietario. Tanto è ciò vero che nel § 173 non è più parola di possessori ma di proprietari. Non posso sconfessare però che in molti casi potrebbero sorgere dette difficoltà nell'applicazione di questo principio, dal momento che il vigente codice penale non statuisce un'apposita categoria di crimini, in dipendenza alla retenzione o al trafugamento di oggetti, ma costringe questa operosità criminosa nel quadro della infedeltà o della truffa.

mentale della intrasmissibilità del possesso. A torto però questo autore fa dipendere tale computazione dall' atto di apprensione per parte dello erede. Egli si appoggia alla parola « riceve, » che s'incontra nel § 1493, e dalla stessa deduce la necessità dell'apprensione. Questa opinione fluisce naturalmente dal punto di vista materiale, sul quale Randa costruisce il concetto del possesso, e ne fa dipendere l'acquisto, e la protezione. Se la opinione di Randa fosse esatta il successore singolare, per es., che acquista un fondo sullo scorcio dell'autunno, e comincia a coltivarlo appena in primavera, potrebbe aspirare soltanto da questo punto all'accessione del tempo, e all'altro effetto del possesso, vale a dire agli interdetti, per tacere delle molteplici inconvenienze pratiche, di cui sarebbe ferace questa teoria applicata al successore universale. Noi in quella vece gli accordiamo amendue gli effetti del possesso, non appena egli si atteggia da erede, e si colloca quindi colle cose ereditarie in quel rapporto esterno, che lo segnala come proprietario, e nel quale esse adempiono alla loro destinazione economica, e quindi non facciamo dipendere tali effetti dall'atto dell'apprensione, ma dalla constatazione della volontà proprietaria, con riguardo alla diversità degli oggetti, che formano parte del compendio ereditario.

Ciò è consentaneo ai superiori principj. Occorre però appena avvertire che il possesso, che sorge nello erede, mediante la preaccennata constatazione, è un possesso affatto nuovo. Egli può aspirare quindi alla protezione possessoria non come erede, ma come possessore, tantopiù che soltanto dal momento dell'adizione egli assume la rappresentazione della personalità patrimoniale del defunto (1).

Se non che anche in questo caso la protezione possessoria s'inspira allo interesse proprietario.

Militano per la nostra opinione anche le altre prerogative, che sogliono accompagnare il possesso (commoda, jura possessionis), e sono ammesse altresì dalla legislazione austriaca. Pel § 323 sta pel possessore la presunzione di un titolo valido. Pel § 324 il possessore di un diritto non può essere eccitato coll'azione provocatoria a comprovarlo. (Confr. anche § 344).

(1) Unger. Sistema VI, § 40, e la sua distinta monografia: « La ventilazione ereditaria in Austria. Un voto per la sua abolizione, » 1862.

Per ciò che concerne il primo dei citati paragrafi Randa opina che il legislatore non intenda stabilire una presunzione, ma semplicemente accentuare la massima, che il possessore non può essere provocato a declinare il suo titolo, di sorte che, con riguardo al successivo § 324, devesi ritenere che il primo inciso del § 323 contenga soltanto la motivazione del secondo inciso in forma di una presunzione (1).

Senza voler attribuire alla espressione « presunzione legale » un significato tecnico, io reputo che i compilatori del codice, nei citati due §§, abbiano voluto mettere il possesso in relazione colla proprietà, e che non sia stato estraneo ai medesimi il pensiero della proprietà « *presunta,* » al quale anche Savigny ha accordata una certa importanza, nel riflesso « che la maggior parte dei possessori sono veri aventi-diritto. »

Forse a questo pensiero s'inspira la disposizione dell'ultimo inciso del § 324: « In dubbio il possessore deve essere preferito. » (Confr. § 374).

Sebbene il punto di vista della presunzione della proprietà non sia soddisfacente, ciò non pertanto esso rivela la tendenza di mettere il possesso in connessione colla proprietà, e puntella il nostro assunto che anche nel diritto austriaco il possesso si presenta sulla scena giuridica in servizio della proprietà (rispettivamente del diritto), e che la protezione possessoria è una facilitazione della prova introdotta a favore del proprietario, un completamento della protezione proprietaria (2).

(1) La disposizione, contenuta nel § 45, II Par. del Codice galiziano, fa risalire quella presunzione al punto di vista della irreprensibilità. « Ogni uomo è favorito in confronto di tutti gli altri dal diritto naturale della buona fama; epperò nè i detentori nè i possessori possono essere provocati alla dimostrazione del loro valido titolo. »

(2) Lo riconosce lo stesso Randa quando per giustificare tale protezione mette in campo anche motivi di utilità. E qui, fatta astrazione dalla necessità d'impedire atti di violenza, egli allega la circostanza (pag. 89, Nota 14), che rispetto alle cose mobili, e persino ai fondi, è spesso impossibile la prova della proprietà, e anche quella della usucapione, attalchè la protezione possessoria è l'unico mezzo possibile di conservare lo stato di possesso, non esclusi i paesi ove funziona il sistema tavolare. Egli soggiunge che, prescindendo dal riflesso, che molti fondi (di comuni, chiese, e fondazioni) non sono riportati nel pubblico libro, le controversie di confine, che hanno tanta importanza pratica, pos-

2. *Nel diritto italiano.*

Anche il codice italiano protegge soltanto il possessore (1), e'gli accorda due azioni, una delle quali però è riservata al solo possessore legittimo, mentre l'altra conviene a ogni possessore, « *qualunque esso sia.* » Mentre pel diritto austriaco l'azione per turbativa, rispettivamente conservazione del possesso (interdictum retinendae possessionis) compete a ogni possessore (§ 339), pel diritto italico soltanto « chi da oltre un anno si trova nel legittimo possesso di un immobile o di un diritto reale, o di una universalità di mobili, e viene in tale possesso molestato, può entro l'anno dalla molestia chiedere la manutenzione del possesso medesimo » (art. 694). Da ciò ne consegue che l'azione per turbativa di possesso (in senso stretto) spetta soltanto al possessore usucapiente (vedi pag.89 nota 4).

In quella vece l'azione per sottrazione del possesso può essere intentata da qualunque possessore (2). però soltanto se lo spoglio è accompagnato da violenza o clandestinità (3). In questo caso senza differenza se la cosa sia mobile o immobile, si può « entro l'anno dal sofferto spoglio chiedere contro l'autore di esso di venir reintegrato nel possesso medesimo » (art. 695).

Quest'azione di spoglio (4) (interdictum recuperandae possessionis) provoca un breve procedimento (5), in base al quale, premessa la

sono essere regolate giudizialmente soltanto colla scorta dell'uti possidetis. Egli ammette per tal guisa che in molti casi colla questione del possesso è decisa anche la sorte della proprietà.

(1) Anche il diritto francese protegge soltanto il possessore, ed esclude epressamente dalla protezione possessoria il possessore à titre précaire (art. 23 Code de proced. confr. art. 2236 e 2239 Cod. civ.), mentre il diritto prussiano accorda espressamente gl'interdetti anche al detentore § 141, 146, 150, I. 7. Randa pag. 78, Nota 12.

(2) Mentre alcuni scrittori austriaci vorrebbero limitarla al solo possessore non vizioso (Vedi sopra).

(3) È escluso quindi il terzo termine, quello della precarietà (Conf. § 345 C. C.)

(4) Da non confondersi coll'actio spolii del medio evo, mediante la quale nel diritto canonico e germanico è stata estesa la protezione a ogni ingiusta sottrazione del possesso « quaecunque injusta causa amissionis. » Il carattere dell'azione di spoglio viene a galla nel diritto prussiano.

(5) Confr. art. 443-445 del Codice di procedura civile. L'art. 23 del Code de procedure civile accorda la protezione possessoria a ognuno che non possiede

citazione dell'altra parte, viene ordinata la reintegrazione sulla *semplice notorietà del fatto* contro qualsivoglia persona, fosse anche il proprietario delle cose, di cui si è patito lo spoglio (confr. § 346 C. C.). Quest'azione di spoglio, nel successivo art. 697, non esclude l'esercizio delle altre azioni possessorie di qualunque legittimo possessore.

Dalle citate disposizioni del codice italico risulta indubbiamente che il solo possessore, e in alcuni casi il solo possessore legittimo, può aspirare alla protezione possessoria, dalla quale è escluso il detentore e il precarista (art. 2115 e 2117, cui corrispondono i citati art. 2236 e 2239 Cod. civ.).

Da questi articoli risulta poi che titolo precario è ogni titolo non proprietario, inetto cioè a trasmettere la proprietà, donde potrebbesi inferire che la tendenza di proteggere la proprietà sia posta a base della protezione possessoria anche nella legislazione italiana, e conseguentemente nella francese.

Eppertanto anche in questa direzione sarebbe fondata l'osservazione, che il possesso è la estremità della proprietà, la fortificazione avanzata, dalla quale il proprietario si difende contro i primi attacchi, che prendono di mira il suo diritto.

Quanto allo erede il codice italiano ammette che il possesso continua di diritto nella persona del successore universale, e soltanto pel successore particolare ricorre anch'esso all'accessione del tempo di diritto romano (art. 693) (1).

La questione della protezione possessoria rispetto all'erede è adunque indubbia pel diritto italico, in precipuità ove si rifletta alla disposizione dell'articolo 925: « Il possesso dei beni del defunto passa di diritto

a titolo precario, e l'art. 24 esclude in via di principio la questione di diritto dalla controversia.

(1) Il codice francese la prescrive invece in entrambi i casi. Art. 2235. « Pour compléter la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière, qu'on lui ait succédé, soit a titre universel ou particulier, soit à titre lucratif ou onereux. » Che del resto anche il diritto francese ammette la continuazione del possesso per parte dello erede, in onta alla accessione del tempo, risulta dalla massima, che domina la giurisprudenza francese, « Le mort saisit le vif » (Confr. anche art. 724).

nella persona dell'erede, senza bisogno di materiale apprensione » (1). Da ciò ne consegue che l'erede fruisce subito della protezione degli interdetti (2).

(1) Nel diritto prussiano invece la questione è controversa, con riguardo alla disposizione del § 49. I. 7. « Chi però succede ad un altro in un complesso di cose e di diritti, non ha bisogno di presa di possesso rispetto alle singole cose che formano parte del complesso. » La opinione dominante sostiene che l'apprensione non è necessaria all'acquisto del possesso. Vedi però Dernburg, pag. 311, particolarmente Nota 11.

(2) La disposizione surriferita dell'art. 707 (confr. coll'art. 701) dimostra poi che al legislatore italiano non è estraneo il pensiero della relazione del possesso colla proprietà.

CONCLUSIONE

Concentrando a nostra volta i risultati della disamina da noi praticata, sulle orme d'Ihering, passiamo a formulare i seguenti punti:

1.° *Quanto al soggetto*: Soltanto le persone, che hanno la capacità proprietaria, hanno la capacità possessoria.

2.° *Quanto all' oggetto.* Soltanto le cose, che possono essere oggetto di proprietà, possono essere oggetto di possesso, e quindi gli stessi impedimenti soggettivi od oggettivi, che si frappongono alla proprietà, ostano anche al possesso, donde il perfetto *parallelismo* che intercede fra questi due istituti.

3.° *Quanto allo acquisto.* Il possesso si acquista quando si colloca la cosa in una posizione, che corrisponde esternamente alla proprietà, vale a dire in una posizione, in cui essa possa fungere la sua destinazione economica, di servire agli scopi del proprietario, che di regola è anche possessore. Affinchè la cosa possa adempiere a questa funzione in alcuni casi è necessaria la custodia (per es. per molte cose mobili), mentre in altri casi questo requisito o non è necessario, o è persino escluso (per es. per alcune cose mobili e per le immobili), donde il bisogno di aver riguardo alla qualità e diversità dell'oggetto.

Il possesso viene ad essere per tal modo la *estremità della proprietà*, il suo punto *visibile*, nella stessa guisa che il quasi possesso, che si acquista mediante lo esercizio visibile del contenuto di un diritto, è la *estremità del diritto.*

4.° *Quanto alla perdita.* Il possesso si perde quando la cosa si sottrae alla preindicata destinazione, e al possessore non riesce, in una epoca più o meno lunga, di ripristinare lo stato normale, al qual' effetto egli deve essere operoso e visibile in qualità di proprietario. « Omnia ut dominum fecisse oportet. » Questo lineamento si riproduce anche nel quasi possesso. In amendue i casi la diligenza dell'esatto proprietario è un regolo decisivo per la conservazione del possesso.

5.° *Quanto alla protezione.* Il possesso è una facilitazione della prova, introdotta a vantaggio del proprietario, e che viene a galla nella protezione possessoria, svincolata dalla dimostrazione del diritto, e limitata alla prova della sua esistenza di fatto. La protezione possessoria apparisce quindi un necessario completamento della protezione proprietaria, e in generale della protezione giuridica nel quasi possesso. Tale protezione, attesa l'indole della prova preindicata, giova però anche al non proprietario, e si ritorce persino contro lo stesso. Se non che questo effetto, non divisato dal legislatore, è inevitabile se si vuol far partecipare il proprietario al beneficio legale della facilitazione della prova.

Per tutto ciò il possesso è in qualche modo la cornice della proprietà, e al fianco della stessa lo vediamo anche celebrare il suo ingresso nel mondo giuridico romano, nell'antico processo di vindicazione, quando il pretore conferiva le *vindiciae* a una delle due parti, vale a dire le assegnava il possesso durante il procedimento (1).

(1) Bethmann Hollweg. Il processo civile del diritto comune I. vol. I. Sezione, pag. 144. Ortolan Institut., III, vol., pag. 482 e 483.

FINE.

INDICE



PUBBLICAZIONI DEL DOTT. FRANCESCO VALLARDI

BARINETTI P., prof. ord. nella R. Università di Pavia. **Diritto Romano.** Parte generale. 1.° *Idee fondamentali intorno al diritto ed alle leggi;* 2.° *Delle persone:* 3.° *Delle cose;* 4.° *Delle azioni.* Un volume in-8.° massimo di pagine 304. L. 6

BARINETTI. **Diritto di Famiglia** studiato alle fonti del Diritto romano. Un vol. in-8.° massimo di pagine 287 . . . . » 6

BUCCELLATI A. prof. nella Università di Pavia. **Sommi principii del diritto penale.** Un volume in-8.° grande di pagine 320 . . . . » 6

DE CRISTOFORIS. **La Libertà delle Banche e la soluzione del Problema Sociale.** Seconda edizione con aggiunte e biografia dell'Autore, per cura di Pietro Rota, prof. di Economia all'Istituto tecnico di S. Marta. Un vol. in-12.° di pag. 272 . . . . » 3

GENALA avv. FRANCESCO. **Della libertà e equivalenza dei suffragi nelle elezioni** ovvero **della proporzionale rappresentanza delle maggioranze e minoranze.** Studio critico. Un vol. in-16.° di pagine 276. (1871) . . » 3

MESSEDAGLIA dott. A. **Sui prestiti pubblici e del miglior sistema di consolidazione.** Un vol. in-8.° di pag. 226. » 3

MESSEDAGLIA dott. A. **Della necessità di un insegnamento politico amministrativo e del suo ordinamento scientifico.** Un vol. in-16.° grande di pag. 144 . . . » 2

PELLEGRINI avv. CLEMENTE. **Considerazioni sulla razionalità e punibilità del Duello** e dei mezzi proposti per toglierne il prestigio specialmente per mezzo delle società antiduellari. Un. vol in 8.° massimo di pag. 124 . . . » 2

